



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

SALA CIVIL – FAMILIA

Área Civil

BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA

Magistrada Ponente

Proceso	Insolvencia – Sentencia de Simulación
Radicado Juzgado	544054003001-2018-00104-05
Radicado Interno	2023-0196-05
Demandante	Edgar Cáceres Ordóñez
Demandados	Acreedores varios

San José de Cúcuta, nueve (09) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala de Decisión a dictar sentencia que decide el recurso de apelación interpuesto por la señora ADRIANA ARGÜELLO en contra del fallo de la acción de simulación proferida por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios, el 05 de diciembre de 2022, dentro del régimen de insolvencia empresarial del epígrafe.

I. ANTECEDENTES:

En el presente asunto la Promotora designada dentro del proceso de insolvencia promovido por el señor EDGAR CÁCERES ORDÓÑEZ, presentó demanda de simulación contra la señora ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA, por relación directa sobre los negocios jurídicos de MUTUO CON INTERESES E HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO SIN LÍMITE DE CUANTÍA celebrados con el insolvente, debidamente vertidos en la escritura pública No 3276 de 03 de diciembre de 2015, otorgada ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta y registrada ante la Oficina de Instrumentos Públicos de la ciudad, en las matrículas inmobiliarias No 260-245340 y 260-752.

Añade que, el ejercicio de la acción de simulación de los negocios jurídicos contenidos en la escritura pública No 3276 de 03 de abril de 2015, tiene soporte legal en cuanto afecta el orden de la prelación de los pagos a surtirse en el proceso de insolvencia, resultando en desmedro de la masa acreedora vinculada a la referida contienda bajo el texto del artículo 74 de la ley 1146 de 2006.

Agrega que, con fundamento en lo establecido en el artículo 2222 del estatuto civil, el contrato de mutuo se perfecciona por la tradición de la cosa, esto es, se trata de un contrato real definido en el artículo 1500 ibídem.

Manifiesta que, el objeto de la negociación celebrada entre EDGAR CÁCERES ORDÓÑEZ y ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA, consistente en el préstamo de la suma de \$500.000.000 no se cumplió por cuanto no se entregó dicho monto de dinero por la señora ADRIANA, ni en la fecha en que se otorgó la escritura pública No 3276 del 3 de abril de 2015, ni con posterioridad; que el contrato de mutuo con intereses e hipoteca abierta de primer grado es simulado por cuanto no se perfeccionó.

PRETENSIONES PRINCIPALES:

DECLARAR SIMULADOS ABSOLUTAMENTE los negocios jurídicos de MUTUO CON INTERESES E HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO SIN LÍMITE DE CUANTÍA, celebrados entre el insolvente EDGAR CÁCERES ORDÓÑEZ, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No 91.215.345 expedida en Bucaramanga y la señora ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No 37.291.863 expedida en Cúcuta, debidamente vertidos en la escritura pública No 3276 de 03 de abril de 2015, otorgado ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta y registrada ante la Oficina de Instrumentos Públicos del Círculo de CÚCUTA, en las matrículas inmobiliarias Nros. 260-24530 y 260-752, vinculadas a los inmuebles individualizados en la citada escritura pública.

Como secuela de lo anterior, DEJAR SIN EFECTO las anotaciones 007 y 013 canceladas el 12 de abril de 2015, obrantes en las matrículas inmobiliarias Nros. 260-24530 y 260-752, en las cuales, se registró la escritura pública No 3276 de 3 de abril de 2015, otorgada ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta.

ORDENAR la inscripción de la sentencia contentiva de la pretensión de simulación absoluta en las matrículas inmobiliarias Nos 260-24530 y 260-752.

CONDENAR en costas a la demandada, en caso de oposición.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

DECLARAR que los negocios jurídicos de MUTUO CON INTERESES E HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO SIN LÍMITE DE CUANTÍA, celebrados entre el insolvente, EDGAR CÁCERES ORDÓÑEZ, y la señora ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA, debidamente vertidos en la escritura pública No 3276 de 03 de abril de 2015, otorgada ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta y registrada ante la Oficina de Instrumentos Públicos de la misma ciudad,

en las matrículas inmobiliarias Nros. 260-24530 y 260-752, vinculadas a los inmuebles individualizados en la citada escritura pública, se encuentran viciados de NULIDAD ABSOLUTA, por falta de transferencia del bien, cosa y /o dinero en este caso.

II. ACTUACION PROCESAL:

La demanda de insolvencia de reorganización de persona natural con calidad de comerciante fue presentada el 22 de mayo de 2018, le correspondió por reparto al Juzgado Civil del Circuito de los Patios, la cual fue admitida en proveído del 5 de junio de 2018.

El 25 de febrero de 2020, la Promotora designada dentro del proceso de insolvencia promovido por el señor EDGAR CÁCERES ORDÓÑEZ, presentó demanda de simulación dentro del régimen de insolvencia en contra de la señora ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA, por relación directa sobre los negocios jurídicos de MUTUO CON INTERESES E HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO SIN LÍMITE DE CUANTÍA celebrados con el insolvente, debidamente vertidos en la escritura pública No 3276 de 03 de abril de 2015, otorgada ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta y registrada ante la Oficina de Instrumentos Públicos del Círculo de Cúcuta, en las matrículas inmobiliarias No 260-245340 y 260-752, autoridad que mediante proveído del 10 de agosto de 2020, inadmitió el incidente y posteriormente en auto del 7 de septiembre de 2020, admite y ordena correr traslado a la demandada ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA.

Notificada la demandada, dentro del término de traslado contestó, oponiéndose a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que se enuncian a continuación, con los argumentos que se exponen para soportarlas:

AUSENCIA DE ANIMUS SIMULANDI

Fundó la presente excepción su señoría, manifestando y poniendo en conocimiento a su despacho, la falta de ANIMUS SIMULANDI, de la cual carece la presente demanda, toda vez que el negocio jurídico realizado entre la señora ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA y el señor EDGAR CÁCERES ORDOÑEZ, goza de todos los requisitos procesales válidos, pertinentes y obligatorios para el cumplimiento de un negocio jurídico.

Ahora bien, si supuestamente hubo una simulación con relación al préstamo otorgado, se tiene por entendido que detrás de esa simulación debió haber existido un propósito que busca encubrir otra voluntad subyacente u oculta, propósito que nunca se pronuncio en los hechos de la demanda y que sin ese propósito de encubrir otra voluntad no se puede hablar de simulación; y así se demuestra una vez más que la única razón por la cual la señora MARY SOTO VILLAMIZAR quiere declarar la simulación dentro del negocio jurídico de

MUTUO CON INTERESES E HIPOTECA ABIERTA, es para burlar el crédito de mi prohijada, para así satisfacer las necesidades de los demás acreedores.

AUSENCIA DE ELEMENTOS O REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA SIMULACIÓN

Es transcendental aclarar, que para que haya una simulación es necesario que haya un ANIMUS SIMULANDI, es decir, las partes deben diseñar un contrato para encubrir esa voluntad, entonces, si hubo tal ANIMUS SIMULANDI tuvo que haberse perfeccionado un negocio jurídico por medio del cual se simuló el precio, el objeto y demás; por consiguiente, se entiende que el contrato, es un contrato real, no ficticio, es decir, que la enajenación tiene un propósito netamente instrumental (producir una ocultación al mundo).

Siendo así, es de gran importancia traer a colación que existe una persona idónea para declarar si ocurrió o no la entrega material del dinero, quién más indicado que el comisionista, el señor FREDDY MAURICIO SUAREZ ARISMENDI, quien recibió su pago de comisión por haber conseguido que la señora ADRIANA ARGÜELLO, le prestara la suma de dinero a el señor EDGAR CÁCERES.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.

Como se manifestó anteriormente, no es cierto que la promotora haya sido designada, legalmente nombrada y posesionada, toda vez que no cumple con los requisitos, no tiene capacidad procesal para comparecer al proceso, no tiene capacidad procesal para actuar en este proceso, puesto que la promotora la señora MARY SOTO VILLAMIZAR, no es auxiliar de la justicia adscrita en la lista de auxiliares de la Superintendencia de Sociedades tal como lo hizo creer al despacho y a los demás acreedores, anexando como documento la solicitud de inscripción que presuntamente ya tenía adjudicado este cargo, cuando para la fecha la entidad no había abierto convocatorias.

Continuando con el trámite del asunto por auto del 26 de abril de 2021, las partes fueron convocadas a la audiencia inicial prevista en el artículo 368 y 372 del CGP, que se evacuó el 19 de mayo de 2021, y la audiencia de instrucción y juzgamiento tuvo lugar el 1 de noviembre de 2022, se practicaron pruebas y finalmente el 5 de diciembre de 2022 se escucharon los alegatos de conclusión, y se dictó la respectiva sentencia.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Surtido el trámite correspondiente, mediante sentencia proferida el día 5 de diciembre de 2022, la señora Juez Civil del Circuito de los Patios, Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte incidentalista y Declaró la simulación absoluta de la escritura pública

3276 del 3 de abril de 2015, otorgada ante la Notaría Séptima Del Círculo De Cúcuta, en las matrículas inmobiliarias No. 260-245340 anotación 7 y 260-752 anotación 16 de fecha 12 de abril de 2015.

Para arribar a tal decisión, la sentenciadora consideró:

Que de acuerdo con las pruebas recaudadas dentro de ese trámite procesal las declaraciones de renta, que fueron corregidas de los años 2015-2016-2017-2018 y 2019, se encuentra un total de Patrimonio Bruto, de \$898.176.000 y una Renta Líquida Ordinaria de ingresos netos de \$32.684.000 y una Renta Líquida Gravable desde \$31.417.000, de 2016 o Patrimonio Bruto de \$924.664.000, con un total de ingresos netos de \$25.578.000 para un total de Renta Líquida Gravable \$25.578.000, para el 2017, un Patrimonio Bruto \$958.786.000, con una renta líquida de \$44.532.000 Una Renta Líquida Gravable por ese mismo valor, 2018 Patrimonio Bruto de \$995.345.000, una Renta de \$37.859.000, para el año 2019 un total de Patrimonio Bruto de \$ 1.023.456.000, Con una Renta Gravable General de \$38.505.000.

No obstante de las declaraciones de renta del señor Manuel y al igual que las declaraciones valoradas de la señora Adriana en las mismas, no demuestra ser el propietario de dinero alguno que conlleve a señalar que él fue con solvencia económica quien pudiese prestar el dinero o proporcionar un dinero a la señora Adriana, debiendo concluir que al igual que lo anterior, que no aparece registro ni de los nuevos ingresos, ni de la cuenta por cobrar, ni de los préstamos por pagar, o de alguna otra circunstancia tributaria que conlleve a validar su dicho, con lo que se concluye que las declaraciones de renta, aunque se presentaron, contienen inconsistencias muy elevadas para poder determinar que efectivamente estos dineros fueron producto de bienes de propiedad y que fueron entregados a la señora Adriana para el préstamo, ya que se observa igualmente, sin ser parte el anterior declarante dentro de este proceso, que sus ingresos netos aproximados ascienden a la suma de \$84.000.000.

Finalmente, la funcionaria de primer grado insistió en que la ausencia de prueba frente a la existencia de capacidad económica de la señora ADRIANA ARGÜELLO, permiten tener por acreditada la simulación alegada.

Inconforme con esta determinación, a través de su apoderado judicial la demandada dentro del trámite incidental, presentó recurso de apelación. El disenso contra la providencia del a quo se sustentó en que:

PRIMERO: En cuanto a la crítica judicial de las declaraciones de ADRIANA ARGÜELLO y de FREDY MAURICIO SUÁREZ

La Señora Juez, dio una versión del testimonio de FREDY MAURICIO SUAREZ ARISMENDI e hizo una referencia del mismo al compararlo con la declaración de ADRIANA para hacer ver desde su óptica que discrepan y de allí, para sí, deducir motivación para declarar la

SIMULACION ABSOLUTA. De forma que la funcionaria resalta supuestas contradicciones de FREDY MAURICIO SUAREZ ARISMENDI.

Que el señor FREDY nunca se contradijo como la Señora Juez lo pretende presentar. Y él aclaró bien la situación. Pues estuvo en la casa. Vió cuando le entregaron el dinero a EDGAR y una vez comenzaron a contar los billetes él salió y se estuvo en el carro. Se entiende que considerando que ellos requerían privacidad. Y cuando EDGAR CÁCERES salió le pagó la comisión de QUINCE MILLONES DE PESOS (\$15.000.000). Y lo que FREDY MAURICIO dijo es apenas de lógica elemental. Que si EDGAR le pagó la comisión fue porque efectivamente recibió los QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000). De lo contrario no lo hubiera hecho.

Ahora, en lo referente a la supuesta contradicción con ADRIANA respecto a la recepción de los dineros de la comisión, ya atrás vimos que FREDY afirmó que EDGAR CÁCERES directamente se la pagó. Pero según la señora Juez hubo contradicción porque como lo afirma la funcionaria, ADRIANA habría dicho que cuando le entregaron el dinero a EDGAR, le descontaron el primer interés y la comisión, dando así a entender que seguramente fue ADRIANA la que le entregó a FREDY la remuneración del Art. 1.341 C.Co. y no EDGAR.

Señores Magistrados, con sumo respeto les pido que revisen las declaraciones y encontrarán que todo es cierto como lo estoy exponiendo, y que lo afirmado por la Señora Juez no es verdad.

SEGUNDO: En cuanto a LA OMISION de considerar las circunstancias inverosímiles.

1. El incidentalista.

2. *Que EDGAR CACERES no aparece como incidentalista, sino que la promotora del concurso de acreedores fue la que solicitó el incidente. Pero si bien formalmente él no es el incidentalista, materialmente sí lo es, y es el verdadero interesado. Si nó, obsérvese esas anticipadas peticiones a las entidades bancarias en las cuales EDGAR solicita información financiera de ADRIANA ARGÜELLO, lo que hace con la evidente intención de establecer evidencia documental de la capacidad económica, como para tener la base que le sirva para posteriormente negar como lo ha hecho, que realmente le entregaron los QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000).*

Además, ahí está la declaración de EDGAR quien a la Señora Juez manifestó que todo fue una maniobra realizada por consejo de LAUREANO LOZANO ya que él estaba en situación económica difícil. Esta declaración es prácticamente una disimulada demanda o acusación de SIMULACION.

3. Se debe mirar el sentido lógico de la situación.

Pues si fuera como EDGAR CACERES pretende hacerlo aparecer, entonces eso significa que él por consejo de LAUREANO LOZANO decidió hacer un contrato de mutuo simulado absolutamente para defraudar a sus acreedores. Es lo que está dando a entender. Que él aparentó el préstamo por QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000) pues según él dice, nunca se los prestaron. Entonces al perder en forma aparente el bien por el proceso hipotecario en su contra se produce como resultado que los bienes de EDGAR ya no serán prenda de las personas a las que adeuda dineros, Arts. 2488 y 2492 C.C., porque pasarán a otras personas. Y supuestamente entonces el bien seguiría bajo su dominio a través de testafarro. Está dando a entender que el testafarro sería ADRIANA.

Lo cierto es lo contrario. Con el cuento de la simulación, al lograr la declaración judicial de la misma, lo que está logrando es evadir la deuda de los QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000) de manera que la señora ADRIANA y su esposo MANUEL que fueron quienes entregaron los QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000) son los que están siendo defraudados por la acción ilegal de falsa SIMULACION que se está adelantando Con la declaración de SIMULACION, EDGAR está robando a MANUEL VERGEL y ADRIANA ARGÜELLO los 500 millones de pesos y sus intereses.

TERCERO: LA SANA CRÍTICA.

El Art. 176 C.G.P., ordena apreciar las pruebas en conjunto y aplicar las reglas de la sana crítica que contienen reglas de lógica, de prudencia y de experiencia.

En la declaración de renta de la Señora ADRIANA aparece que declaró su capacidad económica y la Señora Juez dando crédito a las críticas de EDGAR CACERES pone en duda esa capacidad económica porque ADRIANA hizo corrección de esa declaración.

CUARTO: LAS PRUEBAS.

Dentro del régimen probatorio del C.G.P., aparece que de acuerdo al Art. 170 el Juez tiene el deber de decretar las pruebas que sean necesarias para obtener la verdad.

La base de la SIMULACION según EDGAR CACERES fue su amistad con LAUREANO LOZANO quien le aconsejó que realizara la escritura de confianza. Pero es que EDGAR NUNCA demostró siquiera que esa amistad existiera, y además de ello todos los demás declarantes del Proceso incidental, todos al unísono niegan que entre EDGAR y LAUREANO LOZANO hubiera habido amistad alguna.

Tampoco EDGAR presentó ninguna prueba en absoluto de que hubiera hecho acuerdo con nadie para realizar un simulacro de deuda con hipoteca para garantizarla y así insolventarse ante los acreedores por desaparecer la prenda del Art. 2488 y 2492 C.C.. No presentó ni una sola persona de testigo para demostrar que realizó ese acuerdo criminal. Tampoco presentó ningún documento como los que la LEY denomina contraescrituras para dejar constancia escrita de la inexistencia del préstamo y de la simulación absoluta. Art. 1.766 C.C.

Y en el caso de ADRIANA y MANUEL, este último expuso que él no dejó ningún documento de constancia de la entrega de los 500 millones de pesos a EDGAR porque para eso estaba toda una Escritura Pública rendida ante Notario, y en eso tiene toda la razón. El que necesitaba tener un documento privado extra es el que necesitaba demostrar que no hubo ninguna entrega de los 500 millones de pesos y que lo aceptado en la Escritura Pública era falso.

Igualmente, la Señora Juez con mucho empeño ha hurgado en las declaraciones de renta e ignora y pasa por desapercibido que el mismo MANUEL VERGEL le explicó con detalle que él vendió una casa en BELLAVISTA y con ese dinero ha venido trabajando y fue el que prestó a EDGAR en el MUTUO que quedó figurando a nombre de su esposa ADRIANA. Pero la Señora Juez no toma en cuenta nada de esto. Solo atiende las sugerencias y directivas de EDGAR CACERES únicamente. La parte demandada para la Señora Juez solo está pintada en el Proceso con derechos aparentes, pero no reales.

La Señora Juez se ha esmerado mucho en apoyar la tesis de EDGAR CACERES. MANUEL le explicó que EDGAR ha venido pagando los intereses de DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$12.500.000), mediante consignaciones a un Banco a una cuenta de LAUREANO LOZANO (Q.E.P.D.) donde entre MANUEL Y LAUREANO pagaban el precio de un inmueble en la costa colombiana, apartamento 1801 del edificio PALM BEACH en Cartagena. Esto es importante porque el valor de las consignaciones es exactamente el valor de la cuota mensual de interés por el préstamo de los QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000). Ahora, entre EDGAR y LAUREANO no ha existido ningún negocio distinto por el cual EDGAR directamente hubiera tenido que pagarle a LAUREANO esos dineros mensualmente, luego ese pago sin duda alguna es el del préstamo cuyos intereses fueron destinados para amortizar el apartamento que MANUEL con su tío estaban pagando en Cartagena. Pues además esto sucedió porque como ya MANUEL lo dijo, ese dinero prestado es suyo y el préstamo se puso a nombre de la esposa de él quien es ADRIANA.

QUINTO: ILEGALIDAD DEL PROCESO HIPOTECARIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Mediante Providencia de 29 de mayo de 2018 que fue notificada el 30 de mayo de 2018 y quedó ejecutoriada el 4 de junio de 2018, la Señora Juez emitió la Sentencia de fondo dentro del Proceso de ejecución con título hipotecario. Dentro de la parte motiva se estableció con claridad que la parte demandada contestó la demanda y propuso sus excepciones. En consecuencia, se ordenó el remate de los bienes hipotecados y el pago del crédito a favor de ADRIANA ARGÜELLO.

Me refiero a que el Proceso quedó terminado. Las pretensiones fueron aceptadas y rechazadas las excepciones de la contestación. La Sentencia quedó ejecutoriada.

Por tanto, al remontarnos al Art. 20 de la Ley 1116 de 2.006, en la norma respectiva se ha establecido que los procesos comenzados antes del inicio del proceso de reorganización deben remitirse para ser incorporados al trámite concursal y las excepciones pendientes de decisión serán tramitadas como OBJECIONES.

Pues bien. En este caso, el proceso hipotecario no entra dentro de la clase de procesos que debieron remitirse al concurso, pues este proceso ya estaba terminado con sentencia ejecutoriada. No tenía excepciones pendientes para resolver. Ya estaban decididas desde el 29 de Mayo de 2018. Y precisamente la Ley se refiere a este aspecto, porque los procesos que deben remitirse al concurso son solamente los procesos que están en la LITIS PENDENTIA vigentes como tales, es decir, que no están terminados, y que por tanto aún no tienen sentencia y en consecuencia las excepciones no se han decidido.

En este proceso hipotecario, el proceso ya estaba terminado y ejecutoriada la sentencia antes de la solicitud de insolvencia, y por tanto el mismo está fuera del concurso de acreedores, pues ya tiene decisión propia y resuelto su particular asunto litigioso. Este proceso ya solo está es en el trámite de la ejecución de la sentencia lo que es totalmente diferente a la etapa litigiosa del mismo. Pues ya la cosa litigiosa ya fue decidida y resuelta. Y Está en firme.

En el Proceso hipotecario ya hay sentencia ejecutoriada. Y entonces lo que sigue es el posterior trámite de ejecución de la sentencia en el cual no existe ya más controversia ni discusión ni contradicción del derecho que inicialmente se disputó en la LITIS y que fue decidido en Sentencia ya ejecutoriada.

En estas condiciones, no puede incorporarse este proceso al concurso porque el proceso ya fue resuelto y terminado en su aspecto litigioso y no tiene porqué ser intervenido más, y aún menos en un proceso concursal.

ES decir, que los procesos remitidos al concurso son los que están pendientes de Sentencia y van a ser finalizados y decididos dentro del conjunto de los trámites de los acreedores. Por eso la norma, Art. 20 Ley 1116 de 2.006 prevé con exactitud que en esos procesos están

pendientes de decisión las excepciones. Es decir, que están pendientes de Sentencia de fondo. Esos procesos que están pendientes de Sentencia de fondo son los procesos que no están terminados, y no lo están porque no tienen Sentencia todavía y es dentro del proceso concursal en el que van a finiquitarse. Por todo ello, los procesos que ya tienen sentencia, ya están terminados y tienen su solución dada por la judicatura, mediante la administración de justicia.

Un proceso de estos que ya tiene sentencia ejecutoriada, Que ya su asunto litigioso fue resuelto, que sus excepciones fueron decididos y que está ejecutoriada la Sentencia, están protegidos por la institución de la COSA JUZGADA. Y los procesos que ya están amparados por la COSA JUZGADA solo son atacables mediante el recurso extraordinario de REVISIÓN, Arts. 303 y 354 CGP. Como se aprecia, el trámite incidental es ilegal porque es ilegal la vinculación del Proceso hipotecario en el Concurso.

IV. CONSIDERACIONES:

Realizado el control de legalidad que consagra el artículo 132 del CGP, no se advirtió irregularidad alguna que configure nulidad, circunstancia que se ampliará más adelante, en el análisis de uno de los reparos. Así mismo, se aprecian reunidos los presupuestos procesales de demanda en forma, legitimación en la causa, capacidad para ser parte y competencia del Juez.

PROBLEMA JURIDICO:

El problema jurídico que debe resolver la Sala en el presente asunto se centrará en establecer si debe confirmarse la sentencia atacada o, ¿si le asiste razón a la demandada incidentada en sus reparos y debe revocarse el fallo?

PREMISAS JURÍDICAS:

Con miras a resolver el primer interrogante planteado, diremos brevemente que la simulación ha sido una noción desarrollada a partir del artículo 1766 del Código Civil, que supone que los extremos del contrato, concertadamente, hacen una declaración de voluntad fingida, con el propósito de mostrarla frente a otros, como su verdadera intención, disonancia que puede ser absoluta, cuando las partes convergen que el negocio público no surta efectos reales; o relativa, cuando se disfraza la voluntad real de los contratantes con la declarada.

Jurisprudencial y doctrinariamente se ha reconocido que en tratándose de la prueba de la simulación, donde se finge total o parcialmente un elemento del negocio jurídico, los contratantes por lo general mantienen oculta las circunstancias sobre cómo se concertó la negociación, esperando sigilosamente que no se conozca su intención real, por lo que no

en pocas oportunidades resulta en extremo difícil para la parte interesada, traer al proceso pruebas para que de forma clara, certera y precisa, demuestren ese pacto avieso, por lo que los indicios vienen a cobrar protagonismo y relevancia, pues resultan ser, los medios más valiosos para descubrir la irrealidad del acto simulado y la verdadera intención de los contratantes, en la medida que permiten que el fallador desde su sana crítica, al unirlos, reconstruya el conciliábulo de las partes, y verifique si realmente existió un fingimiento de la voluntad en alguna de sus modalidades.

No obstante, previo a efectuar dicha actividad valorativa, el Juez debe primero analizar **la legitimación en la causa y por ende el interés para obrar, es decir, para que el demandante pida la simulación** del acto puesto en duda, toda vez, que los contratos no pueden quedar al libre arbitrio de cualquiera que quiera cuestionar su realidad, debiéndose entonces, estudiar la eventual simulación de estos, o lo que es igual, decidir de fondo el asunto cuando se **aprecian acreditados tales presupuestos**.

La legitimación en la causa se identifica con los extremos definidos por la norma tuitiva del derecho sustancial y **se verifica en el demandante cuando corresponde al titular del derecho** o en el demandado por ser la persona obligada. Por su parte, el interés para obrar, la complementa, en tanto no basta tener un derecho para reclamar jurisdiccionalmente su protección, si el mismo no está en entredicho; por ende, es indispensable que ese interés para ejercer la tutela judicial efectiva, este dado "*por el perjuicio cierto, legítimo y concreto que ostenta determinada parte o interviniente procesal (...) cuando han sido lesionados sus derechos o éstos se encuentren en peligro*"¹.

Ahora bien, en la actualidad, ninguna discusión se suscita respecto de la posibilidad que tienen los mismos suscriptores o involucrados en el acto, en que se revele el pacto secreto disfrazado, bajo el ropaje del que han hecho público, siendo admitida ampliamente la legitimación de aquellos, para demandar la simulación de los actos propios, o, dicho de otro modo, para que los simulantes desenmascararen la falsedad por ellos construida².

De otro lado "*...tanto la doctrina, como la jurisprudencia, reconocen que «en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo»* (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01), los cuales son conocidos como **terceros**, es decir, aquellos que no participaron en el acto simulado y a quienes "*...se les ha permitido ejercitar la acción de simulación en algunos casos*. Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia que:

*"La personería para incoar como tercero la acción de prevalencia de la declaración privada asiste a aquel a quien la disposición aparente **puede lesionar en un interés legítimo propio**. Tales como **los acreedores, los asignatarios forzosos en defensa de su asignación, y el cónyuge del***

¹ CSJ SC 18 de diciembre de 2017, rad. 2007-00692-01 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

² Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (mayo 16 de 1968); Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (mayo 21 de 1969); Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (febrero 24 de 1994) y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (noviembre 30 de 2011).

enajenante que vuelve por el haber de la comunidad de ganancias..."³.
(Negrillas y subrayado fuera de texto).

Acorde con lo anterior, los terceros con un **interés jurídico sustancial y que por ello pueden ejercer la acción de simulación** en contra de determinado acto, se identifican por ser **i) acreedores del simulante que enajena**, ii) o herederos de alguno de los supuestos contratantes, o iii) el cónyuge o compañero permanente de quien simuló vender.

Así las cosas, se puede sostener, que, a partir de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, es requisito esencial para incoar válidamente la acción de simulación por parte de un tercero, que éste **demuestre un derecho cierto y actual afectado por la celebración del negocio simulado**.

Como se señaló anteriormente, los mencionados "terceros" están integrados por tres categorías, **los acreedores**, los asignatarios forzosos y el cónyuge o compañero permanente.

De los acreedores se advierte, que son terceros que pueden verse afectados ante el propósito del deudor de modificar la prenda general del crédito, a través de actos fingidos, evento en el cual refulge su interés para obrar por el perjuicio cierto y concreto que se le causa, cuando ha sido lesionado su derecho, o éste se encuentren en peligro por cuenta del acto ostensible, pues es evidente que el negocio inexistente, mientras tenga vida jurídica, disminuye o elimina la garantía que la ley le reconoce al acreedor para resguardar su crédito⁴.

Así mismo, el ARTÍCULO 75 de la ley 1116 de 2006, establece: *Legitimación, procedimiento, alcance y caducidad. Reglamentado por el Decreto Nacional 1038 de 2009.* Las acciones revocatorias y de simulación podrán interponerse por cualquiera de los acreedores, el promotor o el liquidador..."

De lo anterior se extrae que, por activa está legitimada para incoar la acción de simulación la promotora de la insolvencia y por pasiva, está dirigida la acción contra quienes participaron en la celebración del contrato de mutuo e hipoteca, de suerte que como ya se indicó se halla presente este presupuesto necesario, para proceder al estudio de fondo del asunto.

V. CASO CONCRETO.

Conforme lo disponen los artículos 320 y 328 del CGP, serán los aspectos objeto de reparo concreto y debidamente sustentados en esta instancia, los temas sobre los cuales tendrá

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (Mayo 16 de 1968).

⁴ Al respecto ver sentencia CSJ SC 18 de diciembre de 2017, rad. 2007-00692-01 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

competencia el Tribunal para pronunciarse, debiendo esta Sala limitarse a ellos al momento de resolver el recurso de alzada, y de ser necesario abordar los asuntos consecuenciales.

Descendiendo al caso concreto, Se ocupa la Sala de resolver los reparos concretos enumerados de primero al cuarto que fueron sustentados en esta instancia por la demandada y a los que denominó: ***EN CUANTO A LA CRÍTICA JUDICIAL DE LAS DECLARACIONES DE ADRIANA ARGÜELLO Y DE FREDY MAURICIO SUÁREZ, EN CUANTO A LA OMISIÓN DE CONSIDERAR LAS CIRCUNSTANCIAS INVEROSÍMILES, LA SANA CRÍTICA, Y LAS PRUEBAS***, aspectos que se pasan a analizar de manera conjunta por cuanto se hallan relacionados y desembocan en la indebida valoración probatoria, para efectos de establecer que el contrato de MUTUO CON INTERESES E HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO SIN LÍMITE DE CUANTÍA, celebrado entre el señor EDGAR CÁCERES y la señora ADRIANA ARGÜELLO no fue simulado y que existió una entrega real del dinero prestado.

De La Valoración probatoria:

El apelante descalificó la valoración probatoria que realizó el a-quo y señaló que en el presente asunto no se valoraron las pruebas practicadas dentro del proceso; teniendo presente el principio de consonancia conforme al artículo 328 del CGP, que determina la competencia del Juzgador de segundo grado, y como quiera que los argumentos esbozados por el apoderado apelante, en gran compendio, están relacionados, con que el material probatorio recaudado, no conlleva a las conclusiones o indicios a los que arribó el Juez a-quo, para declarar la simulación deprecada, pues en su sentir, las pruebas lo que develan, es que el contrato fustigado sí existió, y reúne todos los requisitos y elementos de ley, para ser tenido como real y válido .

Por consiguiente, frente a este reparo, el problema jurídico a resolver se centrará en establecer si el señor Juez cognoscente, incurrió en los yerros valorativos señalados por el apelante, no siendo viable por ello llegar a las conclusiones sobre las que construyó el fallo favorable a las pretensiones de la demanda, para lo cual habrá de establecerse también, si en tal labor, se realizó un examen ponderado y razonable de los medios de prueba.

Bajo tal derrotero, previo a que este Juez Colegiado, en consonancia con los motivos de inconformidad, revise el material probatorio allegado al plenario, conviene hacer algunas consideraciones sobre el marco jurídico de la simulación, para luego hacer ciertas precisiones sobre el i) thema probandum o necesidad de la prueba, así como ii) la labor o actividad de la valoración probatoria.

En este sentido, se memora, que la simulación ha sido una noción desarrollada a partir del artículo 1766 del Código Civil, que supone que los extremos del contrato, concertadamente,

hacen una declaración de voluntad fingida, con el propósito de mostrarla frente a otros como su verdadera intención, disonancia que puede ser absoluta, cuando las partes convergen que el negocio público no surta efectos reales, o relativa, cuando se disfraza la voluntad real de los contratantes con la declarada.

Así mismo, jurisprudencial y doctrinariamente se ha reconocido que en tratándose de la prueba de la simulación, donde se finge total o parcialmente un elemento del negocio jurídico, los contratantes por lo general mantienen oculta las circunstancias sobre cómo se concertó la negociación, esperando sigilosamente que no se conozca su intención real, por lo que no en pocas oportunidades resulta en extremo difícil, para la parte interesada, en que el acto real aflore, traer al proceso las pruebas que de forma clara, certera y precisa demuestren ese pacto avieso, **por lo que los indicios vienen a cobrar gran protagonismo y relevancia**, pues resultan ser los medios más valiosos, para descubrir la irrealdad del acto simulado y la verdadera intención de los contratantes, en la medida que permiten que el fallador desde su sana crítica, al unirlos, reconstruya el conciliábulo de las partes, y verifique si realmente existió un fingimiento de la voluntad, en alguna de sus modalidades.

Ahora bien, de acuerdo con nuestra normatividad adjetiva vigente, la necesidad de probar surge del imperativo establecido en el artículo 164 del C.G. P. que establece:

“...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso...”

Lo anterior significa, la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse toda decisión judicial estén demostrados por las pruebas aportadas al juicio, de manera que no le está permitido al Juzgador decidir la litis de acuerdo al conocimiento privado del asunto, lo cual constituye una garantía para las partes o justiciables de conocer los elementos de convicción que aquél encontró suficientes para estructurar el fallo.

Sobre el particular, la doctrina nacional tiene decantado que la necesidad de la prueba es objetiva y concreta, porque se refiere a hechos que en cada proceso deben ser materia de la actividad probatoria, o lo que es igual, los hechos determinados sobre los cuales recae el debate o controversia planteada. Así, el profesor Jairo Parra Quijano ha dicho:

“...el tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo anterior significa que la noción de tema de prueba resulta concreta, ya que no se refiere sino a los hechos que se deben investigar en cada proceso...”⁵

⁵ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992. P. 15.

En lo que a la valoración probatoria o examen de las pruebas se refiere, se tiene, que es la etapa que por excelencia corresponde al Juez, quien debe efectuarla sobre las que fueron objeto de decreto y práctica; únicamente, asignándoles el valor probatorio a cada una, así como a todas en su conjunto para proferir su decisión. Tal valoración implica una operación intelectual o proceso mental de orden crítico, que hace el juzgador sobre los medios de prueba decretados y practicados en el proceso, a fin de obtener certeza respecto de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones.

Así, es del caso destacar que en nuestro ordenamiento jurídico se impone u opera el sistema de valoración probatoria de la "sana crítica", definido por el artículo 176 del C.G. del P. cuando señala que:

"...Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

"El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba...".

Sistema decantado por la doctrina especializada como aquel:

"...por el cual el legislador faculta al juzgador para establecer su convencimiento a través de la certeza inferida de la masa de pruebas, de acuerdo a su libre criterio, regulado tan solo por la sana razón, las formas procesales, el objeto y tema de la prueba y exigiéndole la motivación de sus providencias. Esta valoración se da gracias al convencimiento del juez, al sentimiento de certeza que logre al haber adquirido todo el conocimiento sobre el caso. (...) Hay entonces libertad de apreciación para el sujeto protagonista de esta etapa-juez- lo que genera un fallo basado en su íntima convicción y demanda una gran preparación de su parte, pues a diferencia de la tarifa legal, el juez no tiene parámetros rígidos determinados por el legislador que le otorgan valor a cada prueba..."⁶

Descendiendo al caso concreto y como quiera que la apelante, desestima los indicios encontrados por el Juez de primera instancia, para declarar la simulación, alegando, en síntesis, que se edificaron en una errada valoración de las pruebas recaudadas, la Sala entrará a analizar los yerros, que en concreto y sobre el particular fueron enunciados al sustentar la alzada a fin de resolver la misma.

Ahora, veamos si en efecto del estudio de las pruebas, se extraen los presupuestos para la prosperidad de la declaratoria de simulación:

⁶ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992. P. 15.

Es punto pacífico y se encuentra demostrada la suscripción de la escritura de hipoteca entre el señor EDGAR CÁCERES y la señora ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA, tal como se advierte de la copia de la Escritura pública No 3276 de 03 de diciembre de 2015, otorgada ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta, cuyo contenido, en lo que interesa al proceso, es el siguiente:

TERCERO: *Que por medio del presente instrumento los comparecientes En forma libre y voluntaria proceden a cancelar la afectación a vivienda familiar de acuerdo con lo previsto en el art 4° de la ley 258 de 1996, que se había constituido sobre el inmueble anteriormente descrito –***SEGUNDA PARTE – HIPOTECA ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA:** *Compareció el señor EDGAR CACERES ORDOÑEZ, varón mayor de edad vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 91.125.345 expedida en Bucaramanga (Sder), de estado civil casado con sociedad conyugal vigente, quien obra en nombre propio y manifestó; PRIMERO***OBJETO DEL CONTRATO.-CONSTITUCION DE HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO SIN LIMITE DE CUANTIA:** *Que constituyo hipoteca abierta, de primer grado de cuantía indeterminada e ilimitada a favor de la señora ADRIANA ARÍGUELLO GARCIA, para garantizarle individualmente a dicha señora, el pago de todas las obligaciones pasadas, presentes y futuras que el deudor hipotecario conjunta o separadamente con terceros, contraiga individualmente con cada uno de sus acreedores hipotecarios y que consten en títulos valores tales como cheques, letras, pagaré o cualquier otro instrumento de crédito otorgado a favor del citado acreedor a los que este adquiere conforme a la ley de circulación de los títulos valores, sin límite de cuantía, en calidad de mutuo o préstamo de consumo, **por el término de UN (01) AÑO, prorrogable a voluntad de las partes, término que comienza a contarse a partir de la fecha en que se firma la presente escritura pública.***

De igual manera se tiene en la cláusula **OCTAVO - PARAGRAFO PRIMERO** frente a la aceptación, se plasmó: **A).** *Que acepto la presente escritura en todas y cada una de sus partes, especialmente **la HIPOTECA ABIERTA DE PRIMER GRADO SIN LIMITE DE CUANTIA**, que en mi favor se constituye- para efectos de liquidación de los derechos notariales se tomara la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000. 000.oo).*

Así las cosas, y una vez revisada la escritura pública en mención, se tiene que entre los señores EDGAR CÁCERES y ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA, no se celebró un contrato de mutuo con intereses, como lo señala la incidentalista o por lo menos el mismo no se halla contenido en el citado título escriturario, es que nótese que bien claro se deja que el objeto del contrato **es la constitución de hipoteca abierta de primer grado sin límite de cuantía**, para garantizar el pago de todas las obligaciones pasadas, presentes y futuras...**que consten en títulos valores tales**

como cheques, letras, pagaré, o cualquier otro instrumento de crédito otorgado a favor del citado acreedor o los que adquiriera conforme a la ley de los títulos valores, sin límite de cuantía, en calidad de mutuo o préstamo de consumo, pero en ninguna de las cláusulas se habla de que en dicho instrumento se constituya **contrato de mutuo**, y si bien se hace referencia al término de un año, se entiende que ampara las deudas que se contraigan en ese lapso, prorrogable a voluntad de las partes. Ahora, también se consagra un interés del 2.5% pero ello también se entiende referido sobre las sumas que se adquirieran a título de mutuo, mediante los títulos valores o ejecutivos que enuncia, no sobre alguna suma contenida en la escritura, y en la única parte que se hace referencia a la suma de \$500.000.000, es para efectos de liquidación de derechos notariales.

Entonces, la Sala considera oportuno memorar que, el artículo 2221 del Código Civil, establece: El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad, a su vez, el artículo 2222 ibidem, consagra que, no se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio, previendo el 2224 que si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. En ese orden, al no contener la escritura pública atacada, los requisitos del contrato de mutuo puesto que no se indica el nombre ni del mutuante, ni del mutuario y tampoco se relaciona el bien objeto del mutuo, que para este caso, sería la suma de dinero sobre la que recae el contrato, ni se dejó constancia de su entrega como requisito de perfeccionamiento, mal podría entrar a cuestionarse su validez o alegarse la confabulación de las partes para fingir el contrato, por lo que la decisión confutada debe ser revocada, por las razones indicadas anteriormente.

De otro lado, y entrando al estudio de las pruebas, a fin de establecer la simulación del contrato de hipoteca contenido en la Escritura pública No 3276 de 03 de diciembre de 2015, otorgada ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta, se advierte que, en audiencia celebrada el 19 de mayo de 2021, se recibió el interrogatorio de la señora **ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA**, quien en su oportunidad relató que su esposo vendió una casa en la urbanización Bellavista por \$600.000.000 y que de ahí fue que empezaron a prestar plata, para lo cual tenían un comisionista que era el señor FREDY MAURICIO SUÁREZ, él ya les había traído varios clientes y les trajo al señor EDGAR CÁCERES, ellos no lo conocían; EDGAR les dijo que necesitaba que le prestara \$500.000.000, por lo que junto con su esposo le dijeron que tenían que hacer una hipoteca, él les dijo que tenía una casa en la Vía Club Tennis, pero como la casa no cubría los \$500.000.000, él les dijo que también tenía un local en el CENTRO COMERCIAL BOLÍVAR, donde quedaba una discoteca, agrega que hicieron la hipoteca en la NOTARÍA SÉPTIMA DE CÚCUTA, donde no solamente la firmó el señor EDGAR CÁCERES, sino que también su esposa LILIANA DEL PILAR GARDUR, que ellos le entregaron los \$500.000.000 con el compromiso de que debía pagar al 2.5% de intereses,

es decir, \$12.500.000 mensuales, que cuando le entregaron los \$500.000.000, les hace el pago del primer mes de intereses y hace el pago al comisionista de lo que le correspondía a él.

Que como ellos habían participado en la ciudad de Cartagena en un proyecto de apartamentos de la constructora PALMETTO y estaban pagando las cuotas mensuales de ese crédito, le pidieron al señor EDGAR CÁCERES que consignara las mensualidades al señor LAUREANO LOZANO SANTAELLA, que era el tío de su esposo, toda vez que el apartamento lo compraron con LAUREANO, que cuando el señor les consignaba la plata, se la consignaba a LAUREANO y él iba y pagaba las cuotas del apartamento.

Añade que el señor EDGAR CÁCERES, pago puntual hasta marzo de 2017, y de ahí no volvió a pagar, empezó a decirles que le iba a entrar una plata que lo esperaran, que como no volvió a pagar iniciaron el proceso hipotecario, que embargaron la casa y el local, llevando a cabo la diligencia de secuestro del local y cuando iba a realizar la diligencia de secuestro de la casa que quedaba por la vía al CLUB TENIS, el señor se declara en insolvencia y aparecen todos los acreedores, no pudiendo realizar el secuestro de esa casa.

Reitera que ella le prestó la plata al señor EDGAR CÁCERES, que fue un negocio verdadero, que se materializó con la firma de la escritura pública, que el dinero se lo entregaron en efectivo en la casa del señor LAUREANO LOZANO SANTAELLA.

Acepta que presentó corrección de la declaración de Renta ante la DIAN de los años 2015 y 2016 en el año 2018, que la corrección la hizo el contador, que se corrigió porque no estaba bien, que pusieron todos los ingresos y el patrimonio, que se corrigió como era en realidad, como era correctamente y que como la DIAN les permitía hacer la corrección, la presentaron.

A su turno el testigo señor **MANUEL JOSE VERGEL LOZANO**, cónyuge de la señora SANDRA ARGÜELLO GARCÍA, manifestó que conocieron al señor EDGAR CÁCERES porque MAURICIO SUÁREZ, quien es un comisionista que busca personas que necesitan dinero, se los presenta, les dice que el señor necesita \$500.000.000 y que constituye una hipoteca sobre una casa que queda vía Club Tenis, y otro local en el Centro Comercial Bolívar, que fueron con el señor MAURICIO a ver el local y la casa, que como cubría la deuda, procedieron a hacer la hipoteca el día 3 de diciembre y el dinero se le entregó en efectivo, en la casa 86 de la URBANIZACIÓN MIRADOR CAMPESTRE donde vivía su tío LAUREANO LOZANO, que estaba presente el señor MAURICIO SUÁREZ, quien cobró su comisión fueron como \$15.000.000 y le entregó en efectivo \$12.000.000 del primer mes de interés, ese negocio se hizo con la intermediación del tío LAUREANO con presencia de su esposa ADRIANA, que decidieron hacer la hipoteca en la NOTARÍA SÉPTIMA DE CÚCUTA a nombre de su esposa, lo decidió él, porque el dinero era suyo.

Que la procedencia del dinero, es de la venta, hace mucho tiempo, de una casa en Bellavista en \$600.000.000, ese dinero lo trabajaba, lo prestaba y tenía varios clientes, uno de los clientes alguna vez fue la señora SHIRLY NOHEMÍ HERNÁNDEZ, que también se la presentó MAURICIO, que ella le quedó mal y tuvieron que hacerle un proceso ejecutivo y al final pago con un apartamento, que ese proceso hipotecario se adelantó en ese juzgado; ese negocio también lo hicieron a nombre de su esposa.

Añade que, el señor EDGAR CÁCERES pagaba todos los meses los intereses, que le dijo que depositara los intereses en la cuenta de su tío LAUREANO LOZANO, porque tenía un negocio con él de un apartamento en CARTAGENA, el apartamento 1801 del edificio PALMETTO BEACH, tenían que pagarle las cuotas a la constructora y su tío Laureano vivía entre Cúcuta y Cartagena, él (su tío) era el que se encargaba de pagarle las cuotas a la CONSTRUCTORA PALMETTO.

Señala que, como el señor CÁCERES fue tan buen cliente, le prestó después \$100.000.000 a título personal con una letra, que él le pagaba \$2.500.000 al mes, se lo depositaba en la cuenta de su tío LAUREANO para pagar a la constructora, que el señor no volvió a pagar, pero si daba la cara, si hablaba con él, si iba a la oficina y se reunían porque para eso si era muy decente, que le parecía un señor muy correcto; que no sabe que pasó, porque averiguaron para que era el dinero y les dijeron que era para un proyecto con el HOSPITAL ERASMO MEOZ y unas cosas de unas CÁMARAS HIPERBÁRICAS con un señor de apellido MORELLI, un Cirujano Plástico, era cierto el negocio, que antes de prestar averiguaron para que era, si era para algo ilícito o si iban a tener problemas por temas ilícitos y esas cosas, que su tío LAUREANO le ayudó con intermediación, se constituyó la hipoteca en la NOTARÍA SEPTIMA el 3 de diciembre, él señor CÁCERES fue con su esposa la señora LILIANA GANDUR, que cuando salió la escritura pública el 15 de diciembre le entregó el dinero en efectivo en la casa de su tío LAUREANO, que también estaba presente el señor FREDY, añade que no le pidió ningún recibo, porqué que más que la hipoteca, que el señor CÁCERES recibió satisfactoriamente el dinero y están hipotecado los bienes, que él tenía el dinero en efectivo, lo tenía parte guardado en su casa, parte en la oficina, que lo sacó de a poco y lo fue llevando donde su tío. A la pregunta realizada por el despacho ¿usted podría decirme si el señor FREDY MAURICIO el comisionista estaba presente cuando usted le entregó el dinero y lo contó? Respondió: *Doctora yo le puedo decir que MAURICIO SUÁREZ estuvo presente, decirle que estuvo presente en la contada del dinero billete por billete no estaría seguro, pero MAURICIO SUÁREZ estuvo ahí y el recibió ahí \$15.000.000 de la comisión.*

Agrega que cuando el señor no pagó, iniciaron el proceso hipotecario, si no está mal fue en diciembre de 2017, que ese proceso siguió su curso tiene mandamiento de pago y sentencia, que después que tiene mandamiento de pago el señor se declara en un proceso de insolvencia y posteriormente les llega un proceso de simulación, que al señor se le prestó

el dinero, lo recibió, que el negocio fue real y verdadero y que existe en este momento una propiedad el apartamento 1801 en PALMETTO BEACH, que su propiedad actualmente es 50% de MANUEL JOSÉ VERGEL, 50% de LAUREANO LOZANO, que como el señor EDGAR CÁCERES no les devolvió la plata y les quedó mal, les tocó constituir un crédito hipotecario con BANCOLOMBIA, que el titular fue LAUREANO LOZANO y que MANUEL JOSÉ VERGEL el cotitular, que les tocó prestar \$400.000.000 al banco para terminar de pagar en el año 2018 a la constructora.

Finaliza manifestando que el señor EDGAR CÁCERES no era amigo de su tío LAUREANO, que cuando tenía que buscar a su tío para algo, lo buscaba era a él, que él nunca buscó a su tío LAUREANO para nada, no eran amigos de nada, solamente tenían un negocio donde prestaban un dinero, que fue él que lo prestó, y su tío LAUREANO estaba ahí porque era el que lo asesoraba y con el que hacía negocios, le decía si métase o no, pero no eran amigos para nada.

El testigo **FREDDY MAURICIO SUÁREZ ARISMENDI**, indicó, que a la señora ADRIANA ARGÜELLO la conoció por intermedio del señor LAUREANO, que era la persona con la que trabajaba aquí en Cúcuta, que le conseguía clientes a él para préstamos sobre hipoteca, entonces por medio de él conoce al sobrino MANUEL VERGEL. A la pregunta realizada por el despacho, ¿Usted ha sido llamado dentro de este incidente porque manifiestan que usted sabe sobre las relaciones existentes entre la señora ADRIANA ARGÜELLO y el Señor EDGAR CÁCERES, con relación a una hipoteca que hizo el señor a la señora ADRIANA ARGÜELLO ¿usted podría hacernos un relato claro y preciso de todo lo que sepa y le conste? Contestó: *Claro, sí señora, pues mire a mí me contactaron con el señor EDGAR una señora de Bucaramanga BEATRIZ RAMÍREZ que el señor estaba solicitando un crédito sobre una hipoteca de un inmueble en la FLORESTA y de un local comercial en el CENTRO COMERCIAL BOLÍVAR, que estaba necesitando \$500.000.000, yo pues me dirigí hacia la casa del señor EDGAR, hable personalmente con él, le expliqué la modalidad del crédito, que era crédito de hipoteca sobre los dos bienes que él estaba colocando, el señor estaba pidiendo \$500.000.000 sobre las dos propiedades, le dije que era factible que yo se los conseguía, entonces fue cuando me contacté con el señor LAUREANO, el señor LAUREANO me dijo que en el momento no tenía el dinero, pero su sobrino MANUEL junto con la esposa si podían tener el dinero, entonces me dio el teléfono de MANUEL, yo me contacté con él y con la esposa, hablamos, le comenté del negocio, lo llevé directamente a él a mirar la casa, habló con don EDGAR, llegaron a un acuerdo, se hizo la escritura de hipoteca eso creo que fue por el 2015 a finales de año, en diciembre, se hizo la hipoteca en la NOTARÍA SÉPTIMA, ¿Qué ganaba yo ahí? Yo me ganaba pues, yo trabajo sobre comisión, el señor EDGAR me canceló a mí el 3% de lo que se le prestó, ese dinero se entregó a los días de haberse firmado porque tocaba esperar que estuviera la escritura de registro, cuando salió la escritura de registro nos dirigimos a la casa del señor LAUREANO, allá se le entregó el dinero al señor EDGAR en efectivo, a mí me cancelaron lo correspondiente a mi comisión y el señor*

*le canceló al señor MANUEL el primer mes de intereses, eso fue lo que sucedió con el negocio. Al preguntarle; ¿sírvase decirnos si el señor esposo de la señora Adriana le hizo firmar algún documento con relación a ello? Respondió: **la verdad yo me quedé dentro del vehículo cuando le entregaron el dinero pues por obvias razones porque era una cantidad bastante grande, entonces pues yo me quedé por fuera de la casa mientras al señor le entregaban el dinero. ¿usted vio cuando le entregaron la plata? Contestó: Yo estuve con ellos en la casa señorita, yo estuve con ellos cuando le estaban entregando el dinero, pero después cuando empezaron a contar yo me retiré.***

El insolvente EDGAR CÁCERES, relató que la señora ADRIANA ARGÜELLO nunca le prestó dinero, hizo una escritura de confianza por sugerencia de su amigo LAUREANO LOZANO y él es quien conocía su situación financiera, le aconsejó, lo orientó y guio, a hacer esa escritura de confianza con el fin de salvar su casa, que su situación en ese momento era bastante grave y eso mismo lo llevó a este proceso de insolvencia en que se encuentra, añade que la señora ADRIANA ARGÜELLO corrigió sus declaraciones de renta en el año 2018 para poder contestar la demanda, escrito en que ella no manifiesta la capacidad de pago, la declaró con una corrección 3 años después, en esa corrección presenta un aumento de su patrimonio si ningún sustento de ingreso de \$105.000.000 a \$800.000.000, que ella manifiesta en la contestación que su capacidad económica también procede de su esposo, cosa que no acreditó en el proceso, solo lo manifestó y no lo dejó muy claro. Que el sí ha tenido vínculos con el señor MANUEL VERGEL LOZANO, porque tiene un préstamo real, cuyo respaldo es una letra de cambio, la cual hace parte de la insolvencia, como la de todos los acreedores reales que tiene y que están presentes en la insolvencia.

A las preguntas realizadas por el juez de conocimiento ¿sírvase decirme usted con anterioridad a la firma de la escritura de confianza que manifiesta usted haber hecho, usted ha realizado algún negocio, alguna transacción con la señora ADRIANA ARGÜELLO? Contestó: **No su señorita, ni antes ni después, o sea, realmente a la señora ADRIANA yo únicamente la vi en la notaría, nunca más la volví a ver, ni antes ni después, y en estos momentos solo aquí en este proceso, pero no en ningún momento he hecho negocios, ni hice negocios con ella, nada, absolutamente nada.** Preguntado ¿usted podría decirme usted ha hecho negocios con el señor Manuel Vergel que hayan quedado plasmados, según la contestación que hace de la demanda este del incidente de simulación ¿Qué hace la señora Adriana? Respondió: **Sí su señorita con Manuel Vergel, sí hice y también por sugerencia del señor Laureano, porque a Manuel tampoco yo lo conocía, sino que en un momento yo necesité un dinero y Laureano, me dijo, "vaya donde mi sobrino, él le hace el crédito" y efectivamente, yo fui firmé una letra, la cual está ahí en el proceso, con él sí señora, sí, sí se hizo y sí me dio el dinero, el señor Manuel Vergel.** Agrega que al señor Laureano lo conoce desde el año 1996, dado que él tenía una discoteca, que no se acuerda el nombre si se llamaba casual y él tenía en el CENTRO

COMERCIAL BOLÍVAR también una discoteca, que en ese momento iniciaron una amistad y desde ahí hasta su fallecimiento, mantuvieron una amistad.

De igual manera se aportó por la demandada, así como por la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS -DIAN las declaraciones de renta correspondientes a los años 2015 a 2018, por la señora SANDRA ARGÜELLO, las cuales fueron corregidas en el año 2018, declarando la siguiente información:

- Declaración de renta del año gravable 2015, presentada por la demandada ADRIANA ARGÜELLO, en la que se informa un patrimonio bruto de \$898.176.000, ingresos recibidos por concepto de renta \$32.684.000, total de ingresos netos \$32.684.000, renta líquida gravable \$31.417.000.
- Declaración de renta del año gravable 2016, presentada por la demandada ADRIANA ARGÜELLO, en la que se informa un patrimonio bruto de \$924.684.000, ingresos recibidos como empleado \$25.578.000, total de ingresos recibidos por concepto de renta \$32.684.000, renta líquida \$74.20.000.
- Declaración de renta del año gravable 2017, presentada por la demandada ADRIANA ARGÜELLO, en la que se informa un patrimonio bruto de \$958.786.000, ingresos brutos por rentas de trabajo \$79.893.000, total de ingresos recibidos por concepto de renta \$32.684.000, renta líquida gravable \$25.578.000.
- Declaración de renta del año gravable 2018, presentada por la demandada ADRIANA ARGÜELLO, en la que se informa un patrimonio bruto de \$995.345.000, ingresos brutos por rentas de trabajo \$63.063.000, Renta líquida \$63.063.000.
- Declaración de renta del año gravable 2019, presentada por la demandada ADRIANA ARGÜELLO, en la que se informa un patrimonio bruto de \$1.023.456.00, ingresos brutos por rentas de trabajo \$35.007.000, Renta líquida \$32.662.000, Renta líquida de trabajo \$29.538.000, Renta líquida gravable cedula general \$38.505.000.

Ahora bien, revisadas las pruebas anteriormente expuestas, considera esta colegiatura que la decisión de la Juez de primera Instancia debe ser revocada por las siguientes razones, si bien es cierto señala el insolvente en su interrogatorio que la señora ADRIANA ARGÜELLO nunca le prestó dinero, que hizo una escritura de confianza por sugerencia de su amigo LAUREANO, también lo es que, no aporta ninguna prueba de su dicho, solamente su manifestación, y es que sumado a lo anterior es extraño y poco creíble para la Sala que el señor CÁCERES realizara una escritura de confianza a favor de la señora ARGÜELLO cuando en su declaración señala que **únicamente la vio en la Notaría y que más nunca la volvió a ver**, no era al caso más fácil haberla realizado a favor del señor LAUREANO

quien dice era su amigo cercano. De igual manera, llama la atención que el contrato de hipoteca fue celebrado el día 3 de diciembre de 2015, con el fin de proteger sus bienes, porque se encontraba pasando una crisis económica, pero solo hasta el año 2018, presentó su demanda de insolvencia, posteriormente al ser notificado de la demanda ejecutiva hipotecaria en su contra.

Ahora, llama la atención de la Sala, el proceso ejecutivo hipotecario que adelantó la señora ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA en contra del señor EDGAR CÁCERES, el cual fue presentado el 24 de enero de 2018 y notificado al demandado mediante aviso judicial el 26 de marzo de 2018, quien dentro del término de traslado, manifestó que eran ciertos los hechos primero, segundo, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y duodécimo, los cuales hacen alusión a la aceptación de su condición de mutuario en un contrato de mutuo oneroso con la señora ADRIANA ARGÜELLO, por la suma de \$500.000.000, según las partes, contenido en La escritura pública No 3273 del 3 de diciembre de 2015 ante la NOTARÍA SEPTIMA DEL CÍRCULO DE CÚCUTA, proponiendo únicamente como excepción de mérito la genérica, **no se opuso a las pretensiones de la demanda** ateniéndose a lo que se probara dentro del proceso, **cuando era su oportunidad procesal para atacar no solo la existencia del título, sino del negocio jurídico de hipoteca celebrado y alegar su invalidez.**

Captura contestación de demanda ejecutiva:

A LOS HECHOS

DEL PRIMERO AL SEGUNDO: Son ciertos.

TERCERO: No es cierto, como se observa con meridiana claridad en el Numeral Segundo del mentado documento escriturario, el interés a pagar se determinó en el 2.5%.

CUARTO: No me consta.

QUINTO: Es cierto

SEXTO: Es cierto

SEPTIMO: Es cierto.



OCTAVO: Es cierto

NOVENO: Es cierto.

DECIMO: Es cierto.

UNDECIMO: Es cierto.

DUOCECIMO: Es cierto.

A LAS PRETENSIONES

En nombre de mi representado, me atengo a lo que se demuestre y/o pruebe dentro del proceso, y a lo resuelto por el Despacho.

EXCEPCIONES DE MERITO

LAS INNOMINADAS: Que se lleguen a probar en el curso del proceso

Captura De Los Hechos De La Demanda Ejecutivo

II. HECHOS

PRIMERO. Que el día 03 de diciembre del 2015, el aquí demandado EDGAR CACERES ORDOÑEZ, celebró con mi poderdante, la señora ADRIANA ARGULLO GARCIA, contrato de mutuo oneroso, el en condición de mutuuario y está en condición de mutuante.

SEGUNDO: La suma mutuada, asciende a un valor de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MC/TE (500.000.000.00).

TERCERO: El demandado, se obligó a pagar en favor de mi poderdante durante el plazo, intereses mensuales equivalentes a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia financiera, sobre la suma capital entregada a título de mutuo.

CUARTO: También se pactó como interés moratorio, el previsto por la superintendencia financiera, tomando en cuenta lo establecido en el artículo 884 del Código de Comercio.

QUINTO: Dicho negocio jurídico, fue consagrado en la Escritura Pública N°.3276 del 03 de diciembre de 2015 ante la Notaría Séptima del Círculo de Cúcuta.

SEXTO: En el mismo instrumento público, el demandado otorgó como garantía de la restitución de la suma mutuada, hipoteca abierta sobre la propiedad del bien inmueble ubicado en la calle 30 #2-137 lote 20 casa 2 del conjunto bifamiliar Villas del Peñón del Municipio de los patios, registrado en el folio de matrícula inmobiliaria número 260-245340 y la propiedad del bien inmueble ubicado en el Centro Comercial Bolívar III local F3 barrio San Luis sector San Mateo de la ciudad de Cúcuta, registrado en el folio de matrícula inmobiliaria número 260-752, cuyos linderos están descritos en esta escritura, para seguridad y cumplimiento de sus obligaciones, además de comprometer su responsabilidad personal.

SEPTIMO: El demandado se obligó a pagar la suma mutuada a favor de mi poderdante, la señora ADRIANA ARGUELLO GARCIA en el término de un (1) año prorrogable a voluntad de las partes, término que empieza a contarse a partir de la fecha en que se otorga el instrumento público referenciado.

OCTAVO: Que el demandado pago los intereses corrientes de plazo durante el término establecido en la obligación señalada en la Escritura Pública N°.3276 del 03 de diciembre de 2015, es decir desde el 03 de diciembre de 2015 hasta el 03 de diciembre de 2016.

NOVENO: El día 04 de diciembre del 2016, Transcurrido 1 año de plazo para el pago de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MC/TE (500.000.000.00), mi poderdante la señora ADRIANA ARGUELLO GARCIA, requirió al demandado a fin de obtener el pago de la suma mutuada, pero este se ha sustraído sin justificación alguna de pagar.

DECIMO: Que el demandado ha incumplido con el pago de la suma capital entregada y los intereses moratorios causados desde el 04 de diciembre de 2016 y que dicho incumplimiento se ha perpetuado hasta la fecha.

UNDECIMO: El demandado EDGAR CACERES ORDOÑEZ goza de la propiedad del bien inmueble hipotecado a favor de mi poderdante.

DUODECIMO: Que el instrumento público que acompaña a esta demanda, contiene una obligación clara expresa y exigible a cargo de la demandada, y presta mérito ejecutivo para adelantar el presente proceso.

Y, es que, extrañamente, en dicho proceso, se encontró probado el título ejecutivo, conforme al hecho quinto de la demanda, donde se enuncia que está contenido en la Escritura pública No 3276 de 03 de diciembre de 2015, otorgada ante LA NOTARÍA SÉPTIMA DEL CÍRCULO DE CÚCUTA, pero es que, en verdad del texto de las cláusulas de dicho instrumento, no se advierte título ejecutivo alguno, no se observa una obligación, clara, expresa y actualmente exigible conforme lo exige el artículo 422 del CGP, se itera, la única mención que se hace a la suma de \$500.000.000 en dicho documento escriturario, es para *efectos de la liquidación de los derechos notariales*, sin embargo, el demandado aceptó estos hechos como ciertos, advirtiendo la Sala un posible acuerdo entre las partes, que no es objeto de esta alzada, pero que deberá revisar el Juez que tramita la insolvencia, para lo cual se remitirá copia de este fallo, a fin de que haga parte de dicho trámite.

Sumado a lo anterior, al escuchar el testimonio del señor FREDY MAURICIO SUÁREZ ARISMENDI, quien dijo ser el comisionista del negocio, señaló que fue la persona que contactó al señor LAUREANO LOZANO, para que le realizara el préstamo al señor EDGAR CÁCERES, que como este no contaba en ese momento con el dinero le manifestó de los

señores ADRIANA ARGÜELLO GARCÍA y MANUEL VERGEL LOZANO, podían prestar ese dinero, se contactó con ellos y les presentó al señor CÁCERES, que el negocio consistía en que los señores ADRIANA Y MANUEL le prestaban al señor CÁCERES la suma de \$500.000.000 y este a su vez respaldaba la deuda con una hipoteca sobre una casa que tenía en la VIA CLUB TENIS y un local comercial en el CENTRO COMERCIAL BOLÍVAR, que el negocio se finiquitó, que el dinero fue entregado en efectivo en la casa del señor LAUREANO, **pero el testigo no estuvo presente cuando lo contaron y titubeo cuando dijo que se había quedado en el carro, y luego indicó que si entró a la casa,** quedando sin saberse si hubo o no entrega del dinero del mutuo que dice se conversó entre las partes y en qué cantidad, pero ello no afecta el gravamen hipotecario, como tampoco afectaba la entrega de la comisión al testigo, pues él los presentó y el negocio de la hipoteca si se realizó.

Corolario de lo anterior, de las documentales, interrogatorios, testimoniales y pruebas allegadas al plenario, no se observa la existencia del acto simulatorio dentro de la celebración del contrato de hipoteca, pues para que prospere la acción, necesariamente debía demostrarse que dicho convenio era ficticio, evento que no se concluye por la presencia de un mero indicio, que no apunta al fingimiento de la hipoteca, sino a la falta de capacidad económica de la supuesta acreedora, como lo fue la corrección de las declaraciones de renta de los años 2015 a 2017, sino que exige la confluencia de varios indicios, pero por el contrario, en el presente caso, se evidencia que el negocio jurídico de constitución de hipoteca, fue consentido por las partes, quienes no se conocían con anterioridad, aunado a ello que, el contrato de hipoteca no saca los bienes del comercio, y por ende no se entiende como la celebración de dicho negocio, podría proteger los bienes del señor CÁCERES, de sus demás acreedores, de suerte que no se halla probada la simulación de la hipoteca contenida en el instrumento público atacado y por ende deberá revocarse en este sentido la sentencia confutada, por las razones expuestas en la parte considerativa, sin condena en costas por las resultas de la alzada.

DE LA ILEGALIDAD DEL PROCESO HIPOTECARIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Señala el recurrente que mediante Providencia de 29 de mayo de 2018 notificada el 30 siguiente y ejecutoriada el 4 de junio, la Señora Juez emitió la Sentencia de fondo dentro del Proceso de ejecución con título hipotecario, en cuya parte motiva se estableció con claridad que la parte demandada propuso sus excepciones. En consecuencia, se ordenó el remate de los bienes hipotecados y el pago del crédito a favor de ADRIANA ARGÜELLO. Por lo que el proceso quedó terminado. Las pretensiones fueron aceptadas y rechazadas las excepciones de la contestación. La Sentencia quedó ejecutoriada, por lo que considera que no debe hacer parte del proceso de insolvencia.

Para resolver, debe recordarse que la ley 1116 del 2006 en su artículo 20 señala:

EFFECTOS DEL INICIO DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN

ARTÍCULO 20. *Nuevos procesos de ejecución y procesos de ejecución en curso. A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor. Así, los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.*

En la Sentencia T-316 de 2009 se manifestó concretamente sobre la disposición ahora demandada, para hacer mención al fuero de atracción, que:

*"En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal. || (...) || **Uno de los efectos de naturaleza procesal que a la Sala le interesa resaltar dentro del presente proceso de revisión, es el atinente al fuero de atracción que es propio del proceso concursal, en razón a que todos los procesos de ejecución que se adelanten contra el deudor en liquidación obligatoria deben ser remitidos al juez del concurso quien, en virtud de tal fuero, es el competente para su conocimiento. Por tanto, en la legislación colombiana no está contemplada la ejecución extraconcursal de las obligaciones a cargo del deudor que se somete a liquidación judicial, ya que en aplicación del principio de universalidad, la totalidad de los bienes del deudor quedan afectos a lo que suceda en el proceso liquidatorio. Lo anterior no sería posible si a cualquier acreedor se le permitiera sustraerse del trámite liquidatorio para buscar el pago por fuera de dicho proceso. || Por consiguiente, en razón del fuero de atracción, no pueden continuar los procesos ejecutivos que estuvieren en curso contra el deudor cuando se inicie el proceso concursal. Los procesos ejecutivos que se sigan en contra del deudor, si existen, deben ser remitidos al juez del concurso para que sean incorporados, siempre y cuando sean recibidos por éste antes del traslado para las objeciones sobre los créditos. Es por esta razón, que los interesados en el proceso liquidatorio deben desarrollar una actitud vigilante y diligente, con el fin***

de cerciorarse que los procesos ejecutivos sean enviados de manera oportuna al juez que conoce del proceso liquidatorio, y no se corra el riesgo de que tales créditos queden por fuera de la calificación, graduación y de la asignación de voto⁷ (resalta la Sala)

Lo anterior significa, que, una vez iniciado el proceso de insolvencia, no pueden iniciarse, ni adelantarse procesos ejecutivos contra el deudor, por fuera de aquel trámite.

En el caso de autos revisado el expediente digital ⁸, se observa que no le asiste razón al recurrente, al señalar que el proceso ejecutivo hipotecario se encuentra terminado, pues revisadas las actuaciones surtidas se tiene que: la demanda fue presentada el 24 de enero de 2018, el 26 de marzo de 2018 se notificó al demandado por aviso judicial, quien dentro del término de traslado no propuso excepciones de mérito, en auto del 29 de mayo de 2018 el juzgado resuelve: PRIMERO: Decreta previo secuestro el remate del bien inmueble hipotecado, de propiedad de EDGAR CÁCERES ORDOÑEZ y con su producto pagar a ADRIANA ARGÜELLO GARCIA el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento de pago. SEGUNDO: Por las partes presentar la liquidación del crédito conforme a lo prevenido en el Art.446 del CGP. TERCERO: Condenase en costas a la parte demandada, conforme lo dispone el Art. 365 del C.G.P. se fija por concepto de agencias en derecho a favor de la parte ejecutante la suma de \$25.000.000, Veinticinco Millones de Pesos. CUARTO: Se ordena notificar esta decisión por estado, no existiendo ningún auto de terminación del proceso dentro del expediente, por lo que, en estricta aplicación de la ley concursal, debe continuarse su trámite dentro del proceso de insolvencia, pues por el fuero de atracción no pueden adelantarse procesos ejecutivos independientes del trámite concursal, por lo que este reparo, por los argumentos en que fue sustentado, no está llamado a prosperar, por las razones esbozadas.

Así las cosas, se revocará la decisión apelada, sin condena en costas en esta instancia, por las resultas de la alzada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-316 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En esa oportunidad, la Corte analizó un asunto en el que el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, por intermedio de apoderada, instauró acción de tutela por considerar que al no vincular el proceso ejecutivo que se llevaba adelantando contra uno de los bienes de la entidad en proceso de liquidación, se estaban vulnerando sus derechos. Al respecto la Corte recordó la excepción a la regla del fuero de atracción, indicando que en caso de existir deudores solidarios, si expresamente el acreedor no manifiesta su interés de participar en el proceso liquidatorio, el juez de ejecución debe continuar con el proceso ejecutivo en contra de los deudores solidarios.

⁸ [006JuzgadoCivilCtoPatios2018-016-00](#)

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 05 de diciembre de 2022, por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios, dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo señalado en la motivación de esta decisión.

SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA de lo anterior, se Niegan las pretensiones de la demanda de simulación adelantada por la Promotora dentro del proceso del epígrafe, conforme a lo motivado.

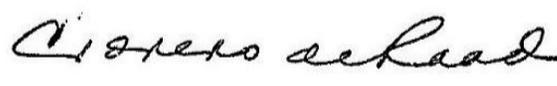
TERCERO: Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso.

CUARTO: Remítase copia de esta sentencia para que haga parte del proceso de insolvencia del señor EDGAR CACERES

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA
Magistrada


ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada


CONSTANZA FORERO NEIRA
Magistrada

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada", en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta**

SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente: ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ

Ref: Verbal-RCE María Liliana Berbesi Rivas-otros vs Aracelys Mercedes Barraza Muñoz-otros
Rad. 1ª Inst. 540013153-003-2021-00345-01. Rad. 2ª Inst. 2024-0089-01.

San José de Cúcuta, Nueve (9) de
Mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Se ocupa ahora el suscrito servidor de darle definición a la apelación dirigida respecto del auto que la Juez Tercera Civil del Circuito de Cúcuta dictó en audiencia del pasado 1 de Marzo. Hace parte tal providencia del proceso de responsabilidad civil extracontractual promovido por José Leonardo Martínez Berbesi, Jack Owen Martínez Ávila, Allison Valeria Martínez Rodríguez, Sidney Yunnery Rodríguez Pérez, María Liliana Berbesi Rivas, Juan Carlos Martínez Parra y Jhon Jalwer Berbesi Rivas en contra de Aracelys Mercedez Barraza Muñoz, Jan Carlos Palacio Barraza, Clara Inés Hernández Uribe, Nubia Stella Pinto Flórez, José Daniel García Chinchilla y Seguros Generales Suramericana S.A.

ANTECEDENTES

1.- Luego que mediante auto del 31 de Agosto de 2023 se hubiere admitido la reforma de la demanda, la apoderada de la demandada Aracely Mercedes Barraza Muñoz radicó un memorial el 9 de Octubre siguiente pidiendo la nulidad de lo actuado. Invocó al efecto la causal descrita en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso, denunciando la existencia de una indebida notificación respecto de su defendida. En aras de hacerla prosperar explicó que: (i) en

el libelo genitor se solicitó emplazar a doña Aracely, pese a que allí mismo se pidió una medida cautelar sobre un inmueble de su propiedad; (ii) por ende, se omitió intentar localizarla en ese predio, que es donde está residenciada, y (ii) aunque se le envió correspondencia física a una dirección conseguida en la base de datos de la ADRES, no ha de ser la que a ella realmente corresponde.

2.- Durante el traslado que se les corrió de la comentada solicitud, los demandantes se opusieron a que fuera acogida. Argumentaron que el solo hecho de ser propietario de un inmueble no significa *per se* que esa sea también la residencia del dueño. Hacen ver que la notificación intentó ser realizada en la dirección que la propia Aracely suministró a la ADRES; de allí que era su deber actualizarla en caso de haberse mudado a otro lugar. E informaron que otro de los demandados -Jan Carlos Palacio Barraza- es su hijo y fue notificado del admisorio mediante aviso, lo que le permitía a ella también estar enterada de la existencia del litigio y comparecer ante el despacho de conocimiento a ejercer su defensa.

EL AUTO APELADO

1.- Para darle solución a la súplica invalidatoria fue programada la audiencia de que trata el artículo 129 del estatuto procesal vigente, llevada a cabo el 1 de Marzo anterior. Durante su desarrollo se recaudaron los interrogatorios de los nombrados Aracelys y Jan Carlos, pedidos por el demandante. Y como epílogo de la diligencia la *a quo* decidió acceder al pedimento incidental elevado, lo que significó decretar la nulidad objeto de análisis. Para pronunciarse de ese modo argumentó esto: (i) se pasó por alto intentar la notificación de la demandada en la dirección del bien de su propiedad sobre el que se decretó la inscripción de la demanda, cuando lo procedente habría sido intentar localizarla allí antes que acudir a emplazarla; (ii) esa omisión implicó para la parte demandante incumplir la carga del numeral 6 del artículo 78 del Código General del Proceso, con arreglo a la cual le incumbe "*realizar las gestiones necesarias para lograr oportunamente la integración del contradictorio*"; (iii) si bien Aracelys manifestó que la dirección que aparece registrada en la ADRES es la de su abuelo, no puede obviarse que la correspondencia remitida no pudo ser entregada pues la empresa de correo manifestó que no

existía; (iv) aunque Aracelys y Jan Carlos ciertamente son madre e hijo, la notificación del auto admisorio de la demanda es un acto de carácter netamente personal. Por ello, al no recibir la primera de forma directa dicha notificación, le generaba la confianza legítima de esperar que tal actuación fuera cumplida posteriormente con ella en debida forma, y (v) si bien puede ser cierto que no es forzoso que el propietario de una casa viva en ella, en el caso concreto se demostró que la señora Barraza Muñoz sí habita en la calle 108 #26A-76 del barrio los olivos de la ciudad Barranquilla, y por ende era ahí que debía ser notificada.

2.- El apoderado demandante apeló ahí mismo en la audiencia la comentada determinación, mostrando su inconformismo así: (i) opina que la solicitud de nulidad no supera el test de convalidación, pues aunque Aracelys sabía que este litigio existía gracias a que su hijo ya había sido notificado, por voluntad propia se abstuvo de comparecer; (ii) además, ambos en sus interrogatorios fueron consistente en dos puntos, a saber, que vivieron juntos en la misma dirección hasta Diciembre de 2023 y que el hijo informó a su madre del proceso, cuestión que los motivó a designar al mismo apoderado, y (iii) convalidada de esa forma la nulidad alegada, no le era dable al extremo procesal pasivo invocarla.

Tal recurso se concedió por la juez de primer nivel al verificar que su proveído era pasible de ser atacado por esa vía. Justamente ello es lo que explica la presencia de la actuación en esta Superioridad, que seguidamente pasa a decidir lo pertinente previas estas breves:

CONSIDERACIONES

1.- El riesgo de error, equivocación o desperfecto, quiérase o no, debe ser aceptado como inherente o anejo a absolutamente toda actividad humana. Es más, en aras de lograr mejoras y generar permanentes progresos, debe partirse de la base cierta de que probablemente en algún momento las cosas no van a resultar con la perfección que se anhela, para así poder vislumbrar y tener consciencia de los yerros en que se puede incurrir, a fin de tratar de preverlos y poder evitarlos, o disponer *ex ante* de los mecanismos y respuestas idóneas para conjurarlos, cuando son inevitables o cuando surgen por algún imponderable.

El optimismo llevado a extremos ilusorios, confiar en que todo va a ser inmaculado, pensar que lo planeado es tan excelente que resulta inmune a los equívocos, constituye, por el contrario, una senda que lleva directamente al fracaso; amén que no permite preparar con anticipación las medidas de contingencia respectivas.

2.- El enjuiciamiento civil, labor no concebida ni ejecutada por dioses sino por mortales, no podía ser ajena a esta dinámica de las cosas, razón por la cual reconoce expresamente el riesgo de error y dispone de una buena gama de alternativas de profilaxis de las cuales se debe echar mano cuando las actuaciones no resultan efectuadas de la manera que el legislador lo tiene proyectado.

En efecto, instituciones tales como la inadmisión o rechazo de la demanda, las excepciones previas, las medidas de saneamiento y los recursos, tienen como soporte subyacente el presupuesto de que las partes o el juez pueden incurrir en desatenciones o deslices en su respectiva actividad procesal, contrariando lo que el Código impone al respecto de la situación de que se trate (por ejemplo, requisitos de la demanda, trámite apropiado, régimen de notificaciones, etc.).

A través de cada una de aquellas herramientas lo que se busca es, precisamente, enmendar lo inapropiadamente actuado, superar el vicio y hacer retornar el litigio al camino del cual se había separado.

3.- Las nulidades son también otro mecanismo de corrección, pero a diferencia de los demás tiene carácter sancionatorio, razón por la cual no opera sino como elemento de *ultima ratio* -cuando el defecto no puede ser corregido de otro modo-, y solo en los eventos que el mismo código permite su aplicación.

Para controlar el uso de las nulidades lo primero que se hizo fue establecer un catálogo de situaciones en las que resulta procedente decretarlas, con la advertencia de que los defectos que no encuadrasen en aquéllas no podían ser superados por esta vía (taxatividad). Acto seguido, se dejó dicho que las nulidades no se decretan por el capricho del juez ni de modo maquinal o automatizado, pues (i) solo pueden ser propuestas por la parte afectada por el vicio cometido; (ii) es posible sanear el error cuando, principalmente, no se alega en forma oportuna, y (iii) no hay lugar a invalidar el

trámite cuando pese al desvarío no se causó un genuino perjuicio al afectado (trascendencia).

Esta última característica es de vital importancia, pero no ha sido tratada como merece. Y es que, a tono con ella, lo que busca darse a entender es que para declarar la anulación no basta simplemente con constatar la existencia del vicio. La configuración de la causal respectiva, dicho de otro modo, no es por sí sola suficiente para afectar el trámite del litigio, porque ello equivaldría a rendir un culto excesivo a la forma en desmedro de la sustancialidad de la situación, y privilegiar lo adjetivo frente a lo sustancial, cuando, incluso por disposición constitucional, la ecuación es totalmente inversa: lo procesal se supedita a lo sustancial.

Hace falta, entonces, constatar la existencia de un real y efectivo perjuicio a las partes con la omisión procedimental en que se incurrió, porque si ese perjuicio no tuvo ocurrencia, entonces no hay lugar a la invalidación del trámite. Sin un daño cierto, en fin, no hay nulidad. Es que a tono con lo que enseña la antigua máxima no hay nulidad sin perjuicio "*nullite sans grief*". Por lo que no basta la existencia una irregularidad, sino que es indispensable que conlleve el menoscabo del derecho fundamental a un debido proceso, que es lo que en últimas busca proteger la institución de las nulidades.

4.- Entre los motivos que desencadenan la anulación de lo actuado en un proceso civil, según dispone el numeral 8 del artículo 133 de la legislación procedimental en vigor, se encuentra aquel que surge:

"Cuando no se práctica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas, aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado".

Y es apenas natural que tal hipótesis haya sido concebida como suficiente para afectar la causa, toda vez que en virtud del derecho al debido proceso y a la defensa que le asiste a los sujetos procesales, es imperioso y necesario que todo demandado se encuentre al tanto de la existencia de un

litigio en su contra, desde los prolegómenos mismos de éste, a fin de que pueda tener oportunidad de controvertir lo alegado y pretendido por su contendor.

En franca concordancia con ello, incumbe decir que el artículo 289 del estatuto procedimental señala que *"las providencias judiciales se harán saber a las partes y demás interesados por medio de notificaciones, con las formalidades prescritas en el código"*. Señalando tajantemente que *"ninguna providencia producirá efectos antes de haberse notificado"*.

De esta manera, la notificación en debida forma cumple dentro de cualquier proceso judicial un doble propósito: de un lado, garantiza el debido proceso permitiendo la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, y de otro, asegura los principios superiores de celeridad y eficacia de la función judicial al establecer el momento en que empiezan a correr los términos procesales.

5.- Es importante precisar que el sistema de notificaciones al demandado del auto admisorio de la demanda y del mandamiento de pago, conforme a la ley adjetiva procesal vigente se realiza de tres formas: (i) Notificación personal directamente o por intermedio de curador ad litem. (ii) Notificación por aviso y (iii) Notificación por conducta concluyente. Cada una de las cuales cuenta con sus formalidades propias que deberán ser observadas con miras a lograr que efectivamente el destinatario se entere de la existencia del proceso y ejerza su derecho de defensa. Y a estas, vino a sumarse una cuarta, concebida por la fuerza de las circunstancias provocadas tras la irrupción del Covid-19. Esta otra modalidad de notificación aparece contemplada en el artículo 8 del decreto 806 de 2020, adoptado como permanente por la Ley 2213 de 2022.

Sobre la importancia de la notificación del auto cabeza del proceso en los asuntos civiles (admisorio o mandamiento de pago) y su relación con la causal de nulidad de indebida notificación, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

"La Corte ha mantenido una sólida línea jurisprudencial, en el sentido de que la notificación, en cualquier clase de proceso, se constituye en uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al

debido proceso mediante vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada, así como que es un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones. De igual manera, es un acto procesal que desarrolla el principio de la seguridad jurídica, pues de él se deriva la certeza del conocimiento de las decisiones judiciales¹"

Por su parte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dijo lo que seguidamente será expuesto:

"3. Mediante la notificación del auto admisorio de la demanda, además de integrarse la relación jurídica procesal, el demandado es enterado del contenido de la demanda deducida en su contra, pues éste involucra el traslado de la misma, brindándosele así la oportunidad de hacer valer todos los medios de defensa a su alcance.

Dada su incidencia en la realización de las garantías que conlleva la defensa de los derechos de las partes en litigio, la ley la ha revestido de una serie de formalidades orientadas a lograr que el demandado tenga un conocimiento real de la demanda, circunstancia que explica la exigencia de realizarla en forma personal (art. 314 num. 1o del C. de P.C.), bien sea con el propio demandado, su representante o apoderado, o con el curador ad-litem, caso este último que debe estar precedido de un emplazamiento que reúna a cabalidad los requisitos y trámites previstos por los arts. 318 y 320 ejúsdem, pues es a partir de ese conocimiento cuando empieza a hacerse realidad el derecho de defensa, el cual se vería frustrado por una "falta de notificación o emplazamiento", entendiéndose por tales no sólo aquellos que no existen, sino los realizados con desprecio de las formas establecidas para hacer efectiva la garantía.

Por la circunstancia mencionada, el art. 140 num. 8o. del C. de P.C.- erige como motivo de nulidad procesal la omisión de tal acto o su realización al margen de las formas señaladas, previsión con la cual se busca "... reparar la injusticia que implica haber adelantado un proceso a espaldas de quien ha debido brindársele la oportunidad, bien sea mediante notificación personal o emplazamiento, de ejercer el derecho de defensa, o cuando

¹ Sentencia T-025 de 2018 M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

menos de ser oído" (Cas. Civ. de 8 de noviembre de 1.996)²"

Y el profesor Henry Sanabria Santos³ también tiene su aporte:

"Esta causal de nulidad se configura cuando el demandado no es debida y regularmente vinculado al proceso, al ser notificado en forma incorrecta del auto admisorio de la demanda o del auto mandamiento de pago, según sea el caso. Como es bien sabido, la notificación de estas providencias al demandado es un acto procesal de vital importancia rodeado de una serie de formalidades que tienen como fin asegurar la debida vinculación de aquél al proceso, con miras a que ejerza en forma adecuada su derecho de defensa. En consecuencia, cuando dichas formalidades son omitidas y, por ende, el demandado no es debidamente vinculado al proceso, obviamente se le está colocando en imposibilidad de defenderse y ello genera la nulidad de la actuación. Es importante destacar que lo que esta causal de nulidad protege es la vigencia del derecho de defensa del demandado, y no simplemente la observación de las formalidades con que el ordenamiento ha dotado al acto procesal de la notificación, de manera que la simple omisión de dichas formalidades no es lo que genera la nulidad, sino la verdadera vulneración de su derecho de defensa al no haber gozado de la oportunidad de defenderse por no enterarse de la existencia del proceso, como consecuencia de la indebida notificación".

6.- Descendiendo a las particularidades del caso bajo escrutinio, de entrada bien puede ser advertido que la decisión tomada por la servidora de primer grado resulta inobjetable. Es que de las piezas procesales enviadas para efectos de tramitar la apelación, se aprecia que los supuestos de hecho que soportan la petición de nulidad se enmarcan en el evento previsto por el legislador en la disposición legal aplicada.

En aras de darle contenido a este aserto, princiépiase por recordar que por la trascendencia que tiene la notificación del auto cabeza del proceso en los asuntos civiles, es al demandante, en primer lugar, a quien le incumbe adoptar todas las medidas a su alcance para lograr la adecuada vinculación del demandado, echando mano de las herramientas a su alcance

² Sentencia Fecha 14-01-1998 Expediente 5826. MP. José Fernando Ramírez Gómez

³ Nulidades en el Proceso Civil, Segunda Edición. Editado por la Universidad Externado de Colombia

para que este último reciba las comunicaciones pertinentes y pueda, dentro del marco legal, enterarse del proceso seguido en su contra. Y si aquel incumpliera tal deber, corresponderá al juez velar por la protección del derecho de defensa del demandado, cuando advierta la insuficiencia en las gestiones adelantadas⁴. Y justamente fue ello lo que aquí sucedió, ya que la nulidad fue el desenlace de lo que en opinión de la falladora tuvo su origen en la falta de diligencia de la parte actora para enterar a la opositora de la existencia del litigio.

En efecto, recuérdese que el abogado demandante solicitó en el libelo mismo que se emplazase a la demandada Aracelys Mercedes Barraza Muñoz, por desconocer dónde podía ser localizada. En el auto admisorio no se accedió a ello y en su lugar se ordenó oficiar a Nueva E.P.S. *"para que de conformidad con el Parágrafo 2° del artículo 8° del Decreto 806, se sirva en el término de cinco (05) días, contados a partir del recibido de la comunicación correspondiente, informar al Despacho los datos de notificación tanto físicos, como digitales del antes mencionado..."*.

Gracias a ello Nueva E.P.S. informó que en sus bases de datos sí tenía registro de localización de la señora Barraza, concretamente en la calle 73N 27-12 de Barranquilla. Entonces, se acudió a la pauta descrita en el artículo 291 procedimental, lo que significó remitir a esa dirección el denominado oficio citatorio, requiriendo a la destinataria que se hiciera presente al juzgado a fin de ser notificada personalmente. Sin embargo, la correspondencia nunca pudo ser entregada pues según certificó la empresa contratada para hacérsela llegar *"la dirección no existe"*⁵. Ante ello se procedió a hacer ahora sí el emplazamiento, dado que los accionantes afirmaron no conocer otra dirección en la cual pudiera conseguirse a Aracelys.

Ahora bien, a la par que se cumplían las anteladas diligencias, se llevó a cabo también una medida cautelar, a saber, la inscripción de la demanda sobre el inmueble de la calle 108 No 26^a-76 Barrio Los Olivos, de la capital del Atlántico. Según se advirtió en el libelo, de dicho predio es dueña Aracelys Barraza, lo que a la postre resultó ser cierto

⁴ Artículo 42 del Código General del Proceso. Numeral 5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia

⁵ Cuaderno principal- Archivo

pues la medida se concretó. Pero inexplicablemente no se intentó localizar a la aludida demandada en esa dirección, dando por descontado -a lo mejor- que no vivía ahí. Pasando también por alto este otro detalle de relevancia: Jan Carlos Palacio Barraza -otro de los demandados e hijo de Aracelys- sí fue notificado en la indicada dirección.

6.1.- Sobre el punto cabe destacar que acorde a lo prescrito en el artículo 293 de la ley procesal vigente, al emplazamiento no puede procederse por el solo hecho que el citatorio sea devuelto. Hay lugar a hacerlo, a decir verdad, cuando el demandante o el interesado en la notificación manifieste que ignore cualquier otro sitio donde para ese fin pudiera ser localizado el demandado o quien deba ser notificado personalmente. Lo que dice norma es lo siguiente:

"Emplazamiento para notificación personal. Cuando el demandante o el interesado en una notificación personal manifieste que ignora el lugar donde puede ser citado el demandado o quien deba ser notificado personalmente, se procederá al emplazamiento en la forma prevista en este código"

Téngase en cuenta, con todo, que al demandante no le basta con simplemente afirmar que desconoce el lugar de ubicación del demandado, sino que por lealtad procesal debe desplegar algún tipo de esfuerzo tendiente a dar con su paradero. Precisamente por ello es que el parágrafo 2° del artículo 291 adjetivo lo faculta para *"solicitar al juez que se oficie a determinadas entidades públicas o privadas que cuenten con bases de datos para que suministren la información que sirva para localizar al demandado."*

7.- Pues bien, el principal reparo que cumple hacer a la actitud procesal de los demandantes en este caso, concierne con la pasividad que mostraron en esa labor de intentar localizar a la demandada Aracelys Barraza. Es que, en primer lugar, de entrada se conformaron con pedir que fuera emplazada, sin siquiera agotar aquella chance que les da el antes transcrito parágrafo 2° del artículo 291 del CGP. No se les ocurrió tampoco -segundo- intentar notificarla en la misma dirección en que sí pudieron localizar a su hijo Jan Carlos. Y, tercero, aunque fueron diligentes para descubrir que tiene un inmueble a su nombre, e incluso pedir una medida cautelar sobre el mismo, inopinadamente desecharon la opción de remitirle allí la correspondencia procesal.

En efecto, en el texto del libelo se pidió inscribir la demanda sobre un predio de la citada accionada, lo que significaba que los actores tenían noticia que ella era la dueña. A continuación, se incorpora una imagen de la medida mencionada:

4. La inscripción de la demanda sobre los derechos que le correspondan a la demandada ARACELYS MERCEDES BARRAZA MUÑOZ del predio urbano ubicado en la calle 108 # 26ª – 76 Barrios los Olivos, etapa I de la ciudad de Barranquilla en el Departamento de Atlántico, Matricula inmobiliaria No. 040-429218.

Y aunque es por entero cierto que bien puede suceder que el dueño no viva en el predio que le pertenece, en el caso concreto el contexto y las circunstancias sugerían que era razonable intentar la notificación de Aracelys en ese bien del barrio Los Olivos, de Barranquilla. Una primera razón es que los demandantes no tenían otra dirección de contacto; otra, que la que consiguió la *a quo* gracias a Nueva E.P.S. no fue útil para ese menester; y la última -se insiste- que su hijo sí pudo ser notificado allí.

Entonces, sí se aprecia que los actores no fueron lo suficientemente diligentes para intentar notificar personalmente a la demandada solicitante de la nulidad, sino que optaron de entrada por el breve pero riesgoso camino de pedir su emplazamiento. Y entendidas las cosas de ese modo, es de fuerza concluir que dicho emplazamiento está viciado de nulidad por haberse realizado en contravía de la ley procesal civil vigente.

Por lo demás, el solo hecho que Jan Carlos sí estuviere notificado, no significaba que Aracelys tuviera que comparecer al despacho a notificarse o reconocer que ya estaba al tanto de la existencia de la actuación. Lo cierto es que como la notificación es un acto personal e individual, tenía ella el derecho y la expectativa que así como le informaron legalmente a su hijo del admisorio, se hiciera con ella exactamente lo mismo. De allí que no sea un argumento válido para hacer prosperar la alzada, decir aquí que la notificación surtida con el hijo tenía efectos también sobre su mamá.

8.- Considérese, además, que bajo la égida del sistema de notificaciones regulado por el Código General del Proceso, no puede convalidarse el acto de la notificación del auto admisorio con el mecanismo del emplazamiento y designación de un curador *ad litem*. Acorde a lo que se tiene dicho por la

jurisprudencia es claro que para garantizar la seguridad jurídica, el debido proceso y el derecho de defensa, se torna necesario que la noticia de la existencia del proceso deba hacerse en primer lugar agotando todos los mecanismos dispuestos para hacerla de manera personal. Y solo en la medida en que no sea posible cumplir con ello, es pertinente de manera subsidiaria recurrir a otras formas dispuestas para el efecto por la ley.

Sobre este tópico se dijo por la Corte Constitucional

"... las peticiones de emplazamiento que deben ser en todos los casos excepcionales, la jurisprudencia ha establecido que para que estas se entiendan realizadas en debida forma, es necesario que realmente la parte demandante no conozca el paradero del demandado, ya que de lo contrario se estaría engañando al juez y estaría faltando a los mínimos deberes procesales. Siendo la notificación por emplazamiento excepcionalísima, la parte que manifieste desconocer el paradero del demandado no puede hacer valer a su favor su negligencia, y en virtud del principio de lealtad procesal, tiene la obligación de acceder a todos los medios posibles para ubicar al demandado antes de jurar ante el juez que no conoce su lugar de domicilio o de trabajo para efectos de notificarlo personalmente.⁶"

Según la Corte Suprema de Justicia⁷:

"En lo relativo a las circunstancias que deben preceder a una petición de emplazamiento, para que el mismo se entienda surtido en debida forma, la Corte de vieja data ha expresado, en pronunciamiento que, no obstante, las modificaciones legislativas conservan su vigencia y es perfectamente aplicable tanto a las situaciones en él descritas como al caso aquí examinado, lo siguiente:

"Dentro de las complejas connotaciones que a la lealtad procesal le suelen ser atribuidas, se destaca aquella en virtud de la cual se le impone al litigante la obligación de honrar la palabra dada, esto es, de no traicionar la confianza que el juez o las partes depositan en sus dichos. De las muchas manifestaciones que las partes deben hacer, adquiere particular importancia aquella por cuya virtud se le autoriza para que afirme que ignora la

⁶ Corte Constitucional - Sentencia T-818/13 Expediente T-3.959.020

⁷ CSJ-SCC Sentencia fecha 04-07-2012 Radicado 11001020300020100090400 MP Fernando Giraldo Gutiérrez

habitación y el lugar de trabajo del demandado, e, igualmente, que este no figura en el directorio telefónico, o que está ausente y se desconoce su paradero, todo ello con miras a que el juez decreta su emplazamiento en los términos del artículo 318 ibídem. (...)

Mas, como acaba de decirse, esta forma excepcional de convocar al litigio al demandado, por su propia naturaleza solo suple la notificación personal de que trata el artículo 314 idem, en la medida en que se satisfaga de manera exacta el supuesto fáctico que la norma prevé, es decir, que el demandante ignore la habitación o el lugar del trabajo del demandado. Pero esta nesciencia que exige la ley como supuesto de índole factual, vista a la luz de los principios éticos antedichos, no puede ser la ignorancia supina, es decir la de aquel negligente que no quiere saber lo que está a su alcance, o la del que se niega a conocer lo que debe saber, pues en estas circunstancias, es de tal magnitud su descuido que, frente a la confianza que tanto el juez como la parte le han depositado y que reclaman de él un comportamiento leal y honesto, equivale a callar lo que se sabe, es decir, es lo mismo que el engaño.

De ahí que, luego de describirlo como un 'comportamiento socarrón, notoria picardía que trasciende los límites de la ingenuidad' haya dicho la Corte: '...En conclusión, si de conformidad con el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil solo puede procederse al emplazamiento de quien debe ser notificado personalmente del auto admisorio de la demanda cuando se ignore su habitación y el lugar de su trabajo, es claro que tal medio de notificar no puede emplearse cuando quien presenta la solicitud de emplazamiento si conoce esos lugares o al menos, cuando existen razonables motivos para inferir que no es posible desconocerlos...' (Sentencia de Octubre 23 de 1978)" (Sentencia de revisión de 3 de agosto de 1995, exp. 4743."

La Corte en sentencia más reciente dijo:

"Ese texto legal refleja que, dada su excepcionalidad, al emplazamiento solo es viable acudir cuando no existan posibilidades razonables de notificar de forma personal al demandado de «la primera providencia que se dicte en todo proceso». En consecuencia, si el actor dice al

desgaire desconocer la ubicación de su contraparte, o no intenta elucidar el punto con mediana diligencia y cuidado, la actuación queda viciada de nulidad, en los términos que preveía el artículo 140-8 ejusdem -como lo declararon los jueces ordinarios-⁸.

9.- Por ello es de vital importancia que al practicarse la notificación se cumplan las formalidades previstas por la ley procesal vigente, asegurando siempre la procedencia de uno u otro medio de notificación, ya que su desacato puede configurar una nulidad por indebida notificación. Es que con este acto procesal se pretende asegurar la debida vinculación de la parte pasiva, con miras a que pueda ejercer su derecho de defensa, como así lo ha sostenido la jurisprudencia. Por lo que se debe garantizar el agotamiento íntegro de los tramites notificatorios, teniendo siempre presente que la mejor forma de vinculación procesal es la personal. Y que para acudir a las demás, la fase previa debe cumplirse con la estrictez debida, pues su teleología es lograr certeza sobre la imposibilidad de ubicar a la parte, porque solo así se salvaguarda el derecho de defensa.

10.- Con arreglo a lo anterior es que se concluye que la decisión de la jueza de instancia no fue equivocada, razón por la cual estimase apropiado confirmar la providencia censurada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el suscrito magistrado de la Sala Civil - Familia del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto dictado por la Juez Tercera Civil del Circuito de Cúcuta en audiencia del 1 de Marzo de 2024, proferido en el marco del proceso declarativo de responsabilidad civil extracontractual promovido por José Leonardo Martínez Berbesi, Jack Owen Martínez Ávila, Allison Valeria Martínez Rodríguez, Sídney Yunnery Rodríguez Pérez, María Liliana Berbesi Rivas, Juan Carlos Martínez Parra y Jhon Jalwer Berbesi Rivas en contra de Aracelys Mercedez

⁸ CSJ-SCC Sentencia SC1367-2022 de fecha 06-06-2022 Radicado 11001020300020180299200 MP Luis Alonso Rico Puerta-

Barraza Muñoz, Jan Carlos Palacio Barraza, Clara Inés Hernández Uribe, Nubia Stella Pinto Flórez, José Daniel García Chinchilla y Seguros Generales Suramericana S.A. La Equidad Seguros Generales O.C.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Por la secretaria de la Sala procédase a DEVOLVER el expediente digitalizado al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROBERTO CARLOS OROZCO NUÑEZ
Magistrado

(Se deja constancia que la presente providencia lleva la firma digital del suscrito, debido a que la plataforma de firma electrónica esté teniendo inconvenientes de accesibilidad)



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA CIVIL-FAMILIA
BRIYIT ROCIO ACOSTA JARA
Magistrada Ponente

Proceso	Declaración de Existencia de Unión Marital de Hecho
Radicado Juzgado	54405311001-2021-00467-01
Radicado Tribunal	2023-0226-01
Demandante	Leticia Geraldine Sánchez Peñaranda
Demandado	Luis Alirio Rangel Silva

San José de Cúcuta, nueve (09) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Esta Sala de Decisión, adscrita a la Sala Civil - Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en cumplimiento de lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 12 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a emitir sentencia escrita mediante la cual se resuelve el recurso de apelación debidamente interpuesto y sustentado por la parte demandante, contra la sentencia del 07 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Primero de Familia de los Patios.

ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Cuenta la demandante que, sin impedimento legal para conformar la unión marital de hecho, estableció convivencia permanente de pareja con el ciudadano LUIS ALIRIO RANGEL SILVA, dando origen a la sociedad marital de hecho, de la cual hoy se persigue su declaración judicial.

Añade que, la anterior unión tuvo como lugar de permanencia y domicilio, la autopista SAN ANTONIO SAMANES DE LA ALQUERÍA, casa 43, VILLA DEL ROSARIO.

Indica que, con anterioridad a la conformación de la unión marital de hecho, que aquí se persigue, procrearon a los menores: J. A. RANGEL SÁNCHEZ y G. RANGEL SÁNCHEZ, de 12 y 11 años, que los menores están bajo la custodia y cuidado personal de su progenitora.

Que formaron una unión estable, conviviendo bajo el mismo techo, compartiendo todos los gastos del hogar y brindándose una ayuda económica y espiritual permanente, comportándose socialmente como marido y mujer, la cual inició el 17 de diciembre del 2018 y perduró hasta el día 24 de febrero del 2021

Indica que, el día 17 de diciembre de 2018, las partes acudieron al concesionario Renault a comprar un vehículo para la demandante, para celebrar su unión.

Señala que, el día 24 de febrero de 2021, el demandado le solicitó que firmara capitulaciones, a las que se negó, y que como consecuencia, el demandado ordenó que se le prohibiera el ingreso al lugar de residencia en la URBANIZACIÓN SAMANES DE LA ALQUERÍA AUTOPISTA SAN ANTONIO, casa 43 de VILLA DEL ROSARIO.

Añade que el día 05 de abril del 2021, mediante conciliación ante la COMISARÍA DE FAMILIA de VILLA DEL ROSARIO, fijan cuota de alimentos provisional en favor de los menores, regulan visitas al demandado y la custodia y cuidado personal quedando bajo su responsabilidad.

Finaliza indicando que actualmente la sociedad se halla disuelta desde el día 24 de febrero de 2020, día que fue desplazada de su lugar de domicilio por el señor LUIS ALIRIO RANGEL SILVA.

LO PRETENDIDO:

Con fundamento en los anteriores hechos, solicita la demandante se acceda a las siguientes pretensiones:

PRIMERA: *Que se declare la existencia de la UNION MARITAL DE HECHO entre los ciudadanos LETICIA GERALDINNE SANCHEZ PEÑARANDA, y LUIS ALIRIO RANGEL SILVA que inició en diciembre del año 2018 y perduró hasta el 24 del mes de febrero del año 2021. Fecha en la cual mi prohijada dio por terminada la unión marital de hecho.*

SEGUNDA: *Sírvase ordenar la disolución y posterior liquidación de la sociedad patrimonial que existió entre los ciudadanos LETICIA GERALDINNE SANCHEZ PEÑARANDA, y LUIS ALIRIO RANGEL SILVA.*

CUARTA: *En caso de oposición del demandado que sea condenado en costas.*

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado Primero de Familia de los Patios, siendo admitida el 29 de septiembre de 2021 ordenando notificar al demandado.

Notificada la parte pasiva se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó:

IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA EL NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES

Sustenta en los siguientes términos *"Conforme el Literal b. del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanente y hay lugar a declararla, "Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho."* Es oportuno señalar que, con sentencia C-700-2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "y liquidadas", e inexecutable la expresión "por lo menos un año" con sentencia C-19316.

El señor LUIS ALIRIO RANGEL SILVA contrajo matrimonio civil con la señora JESSICA ROCIO SALAZAR CANONICO el 6 de diciembre de 2.014 en la Notaría Cuarta del Círculo de Cúcuta, decretándose el divorcio mediante sentencia del 7 de octubre de 2.019 proferida por el Juzgado de Familia de Los Patios, que declaró disuelto el matrimonio y disuelta la sociedad conyugal.

Es decir, estando el matrimonio vigente hasta el 7 de octubre de 2.019 y no habiéndose disuelto por ninguna otra causa la sociedad conyugal, no puede, por expresa prohibición legal, nacer la sociedad patrimonial entre los señores LUIS ALIRIO RANGEL SILVA y LETICIA GERALDINE SANCHEZ PEÑARANDA.

Lo anterior por cuanto, si se aceptara que entre la demandante y el demandado surgió la convivencia con el lleno de las exigencias legales, que no lo fue, desde el 17 de diciembre de 2.018, para la mencionada fecha todavía estaba vigente el matrimonio y por ende la sociedad conyugal, la que se disolvió el 7 de octubre de 2.019, entre los señores LUIS ALIRIO RANGEL SILVA y JESSICA ROCIO SALAZAR CANONIGO, impidiendo el nacimiento de la sociedad patrimonial con la señora LETICIA GERALDINE SANCHEZ PEÑARANDA.

En consecuencia, solicito se declare probada la excepción de mérito planteada y se resuelva el asunto declarando la imposibilidad jurídica para existir de la sociedad patrimonial entre los señores LUIS ALIRIO RANGEL SILVA y LETICIA GERALDINE SANCHEZ PEÑARANDA.

Trabada la litis, se convocó a las audiencias del artículo 372 y 373 del CGP, las cuales se desarrollaron durante los días 27 de mayo, 21 de julio, 12 de agosto de 2022 y 7 de febrero 2023, esta última fecha de recepción de los alegatos de conclusión y sentencia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El funcionario de conocimiento, luego de hacer un recuento sobre la legislación y jurisprudencia que atañe al caso y los presupuestos para la prosperidad de la acción, y de realizar el análisis de las pruebas aportadas y recaudadas, resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR que, entre LETICIA GERALDINE SANCHEZ PEÑARANDA identificada con CC No 1.090.368.309 y LUIS ALIRIO RANGEL SILVA identificado con CC No 13.440.168, existió una unión marital de hecho entre compañeros permanentes. Desde el 23 de febrero de 2019 hasta el 24 de febrero de 2021, de acuerdo a las razones de orden legal dadas a conocer en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de mérito denominada "IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA EL NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES", invocada por el demandado LUIS ALIRIO RANGEL SILVA, a través de su apoderado judicial y por lo reseñado en la motivación precedente.

TERCERO: NEGAR como consecuencia de lo anterior, la declaratoria de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes rogada por el extremo promotor.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS, por lo reseñado anteriormente.

QUINTO: DISPONER el levantamiento de la medida cautelar de inscripción de la demanda decretada sobre el inmueble ubicado en la calle 19AN Lote 1 Manzana E, urbanización Tasajero II de Cúcuta, Norte de Santander e identificado con FMI No 260-99379 y sobre el apartamento 502 b ubicado en la calle 19N # 15E -30 del conjunto residencia la Primavera de Cúcuta, Norte de Santander. Los inmuebles en mención son de propiedad de LUIS ALIRIO RANGEL SILVA identificado con CC No 13.440.168.

SEXTO: DAR por terminado este proceso.

SEPTIMO: EXPEDIR las copias que sean requeridas por las partes.

OCTAVO: EFECTUAR las anotaciones correspondientes en su debida oportunidad.

NOVENO: PROCEDER al archivo del expediente en su debida oportunidad.

Para llegar a tal conclusión, la funcionaria se basó al tenor con lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C 193 del 20 de abril del 2016, al dejar por sentado la presunción de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, demostrada y declarada en los eventos que uno de ellos tuviere impedimento para contraer matrimonio, empezaría a operar desde el día siguiente de la disolución de la sociedad conyugal anterior y una vez transcurrido como mínimo 2 años de esta, que establecido que el día 7 de octubre del 2019 se disolvió la sociedad conyugal anterior de LUIS ALIRIO RANGEL SILVA forjó con su antigua cónyuge para efectos meramente matrimoniales, es a partir de esa fecha en que se debe empezar a contabilizar el término mínimo 2 años de la unión marital de hecho, para que pueda presumirse la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, porque precisamente existe prohibición legal y constitucional de coexistencia de comunidad de bienes, sea conyugal o patrimonial sin que en este caso puntual se evidencie el cumplimiento de este presupuesto temporal, por cuanto el rompimiento definitivo de LUIS ALIRIO RANGEL SILVA y LETICIA GERALDINE SÁNCHEZ PEÑARANDA acaeció el 24 de febrero del 2021, es decir, previo a que se consumase los 2 años mínimos de la unión marital de hecho, bajo esta óptica teniendo en consideración que no transcurrieron los 2 años de Unión marital de hecho entre LUIS ALIRIO RANGEL SILVA y LETICIA GERALDINE SÁNCHEZ PEÑARANDA, exigidos por el literal B del artículo segundo de la Ley 54 de 1990 y bajo la interpretación de la Sentencia C 193 del 20 de abril del 2016, proferida por la Corte Constitucional, Teniendo como fecha de inicio el día en que se disolvió la sociedad conyugal anterior del primero de los mencionados 7 de octubre del año 2019, hasta el día de la separación definitiva de los aquí compañeros permanentes 24 de febrero del 2021.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de APELACION frente a la decisión de negar la existencia de la sociedad patrimonial de hecho y sus consecuencias (su liquidación), formulando los siguientes reparos:

El a quo, no accedió a la declaración de la existencia de la sociedad patrimonial de hecho, dando paso a la excepción presentada por la parte pasiva, excepción: IMPOSIBILIDAD

JURIDICA PARA EL NACIMIENTO DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES.

Alude que, con la prueba trasladada (el proceso de divorcio que se adelantó en el JUZGADO DE FAMILIA DE LOS PATIOS según radicado No 54405318400120190010600, con sentencia del 7 de octubre del 2019), se demostró que la cónyuge del aquí demandado dio por terminada su relación de hecho, el día 23 de febrero del 2019 fecha en la que salió de la casa del aquí demandado, misma en que ingresó su poderdante a la casa a compartir lecho techo y mesa con este.

De la manifestación del hecho que la relación del aquí demandado y su cónyuge se rompió de hecho el día 23 de febrero de 2019, es que se configura la existencia de la sociedad patrimonial de hecho de mi poderdante con el demandado a partir de este mismo día, por cuanto también se probó que dicho día inició la relación entre las aquí partes, relación que conllevó al despacho a declarar la existencia de la unión marital de hecho desde este extremo como el inicial.

Por lo anterior, no comparte lo dicho por el a quo, para resolver la excepción planteada por la parte pasiva, manifestando que la relación matrimonial del aquí demandado y su cónyuge solo se dio su terminación con la sentencia de divorcio proferida el día 7 de octubre de 2.019 donde se decretó el divorcio y declaró disuelto el matrimonio y disuelta la sociedad conyugal, visto en la prueba trasladada (el proceso de divorcio que se adelantó en el JUZGADO DE FAMILIA DE LOS PATIOS según radicado No 54405318400120190010600, con sentencia del 7 de octubre del 2019). Sustenta su pronunciamiento indicando que se aparta de lo expuesto por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil en su Sentencia SC4027-2021, y se acoge a los pronunciamientos efectuados por el Tribunal De Cúcuta, Sala Civil – Familia, frente a los casos similares y en concreto, esto es que se debe tener como fecha para la existencia de la sociedad patrimonial la disolución de la sociedad conyugal preexistente.

Honorable tribunal en el presente recurso que es de importancia atender lo pronunciado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil en su Sentencia SC4027-2021, frente al caso en concreto, al a quo dentro de sus facultades esta la de aplicar el principio de proporcionalidad, cuando se encuentran dos derechos constitucionales, idénticos, resolviendo mediante la ponderación, los cuales no son posibles redimirlos a través de la subsunción de las normas, pues estas se resuelven mediante los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad como la tiene la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil.

En la sentencia ya prenombrada SC4027 del 2021 la Honorable Corte Suprema confronta derechos de la cónyuge y la compañera permanente, esto es el derecho a la igualdad con el respetivo derecho a la familia, estudiando los escenarios como el formal, amparando el derecho sustancial o material como la protección del patrimonio económico de la compañera permanente, garantizando la sociedad patrimonial de hecho.

De lo anterior la corte indica que si los bienes adquiridos por los cónyuges con posterioridad a la separación de HECHO carecen de pertenecer a los bienes sociales. Así se lee en la sentencia de la corte citada Corte Constitucional en sentencia T285 de 2000, ST 018 de 1997 y ST 553 de 1997.

Que en es orden de ideas, resulta propicia la oportunidad para precisar y dejar sentado los bienes adquiridos por cualquiera de los conyugues con posterioridad a la separación de hecho definitiva e irrevocable, carecer de connotación de sociales. La razón de esto estriba en que en el interregno no puede hablarse de sociedad conyugal por ausencia de causa.

Es así que en el presente solicito muy respetuosamente al honorable TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA CIVIL – FAMILIA, se estudie a fondo, la aplicación de la sentencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil - Sentencia SC4027-2021, la cual se encuentra sustentada y avalada con sentencias de la CORTE CONSTITUCIONAL, en consecuencia se revoque la sentencia proferida por el a-quo, y con protección de orden constitucional se ampare el derecho sustancial o material protegiendo el patrimonio económico de mi poderdante quien funge como la compañera permanente, garantizándole así la sociedad patrimonial de hecho, de tal forma decretese la existencia de la sociedad patrimonial de hecho y ordene su disolución y liquidación.

Planteado este panorama, se procede a decidir lo que en derecho corresponda, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Realizado el control de legalidad que consagra el artículo 132 del CGP, no se advirtió irregularidad alguna que configure nulidad. Así mismo, se aprecian reunidos los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del Juez y legitimación en la causa por activa y pasiva.

PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme los reparos planteados, se formula esta Sala de Decisión determinar, si en el caso de marras, se encuentran configurados los requisitos para acceder a la declaración de que produce efectos patrimoniales la unión marital de hecho entre LUIS ALIRIO RANGEL SILVA Y LETICIA GERALDINE SÁNCHEZ PEÑARANDA, o si, por el contrario, fue acertada la decisión del Juez primero de Familia de Los Patios y la misma debe ser confirmada.

FUNDAMENTO JURÍDICO:

Nuestra Constitución Política de 1991, en su artículo 42, consagra:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia..."

Así mismo, conforme a lo previsto en el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, la unión marital de hecho es: *"...la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho."*

Conforme lo ha decantado la jurisprudencia de nuestra alta Corporación, son requisitos sustanciales o esenciales de la unión marital de hecho, "la voluntad responsable de conformarla" y la "comunidad de vida permanente y singular", definidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en los siguientes términos:

"5.5.1. La voluntad aparece, cuando la pareja integrante de la unión marital de hecho en forma clara y unánime actúa inequívocamente en dirección de conformar una familia. Por ejemplo, disponiendo de sus vidas para compartir asuntos fundamentales de su ser, coincidiendo en metas, presentes y futuras, y brindándose respeto, socorro y ayuda mutuas. Presupone, en palabras de esta Corte, la "(...) conciencia de que forman un núcleo familiar, exteriorizado en la convivencia y la participación en todos los aspectos esenciales de su existencia, dispensándose afecto y socorro, guardándose mutuo respeto, propendiendo por el crecimiento personal, social y profesional del otro (...)"

5.5.2. La comunidad de vida se refiere a la conducta de la pareja en cuyo sustrato abrevia, subyace y se afirma la intención de formar familia. El presupuesto, desde luego, no alude a la voluntad interna, en sí misma considerada, sino a los hechos de donde emana, como tales, al

margen de cualquier ritualidad o formalismo. En coherencia con la jurisprudencia de esta Corporación, en dicho requisito se encuentran elementos "(...) fácticos objetivos, como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la *affectio maritalis* (...)". (...) Lo sustancial, entonces, es la convivencia marital, donde, respetando la individualidad de cada miembro, se conforma una auténtica comunión física y mental, con sentimientos de fraternidad, solidaridad y estímulo para afrontar las diversas situaciones del diario existir. Es el mismo proyecto de vida similar al de los casados, con objetivos comunes, dirigido a la realización personal y en conjunto, y a la conformación de un hogar doméstico, abierto, si se quiere, a la fecundidad.

5.5.3. El requisito de permanencia alude estabilidad, continuidad o perseverancia en la comunidad de vida, al margen de elementos accidentales involucrados en su devenir, como acaece con el trato sexual, la cohabitación o su notoriedad, los cuales pueden existir o dejar de existir, según las circunstancias surgidas de la misma relación fáctica o de las condiciones establecidas por los interesados.

5.5.4. La singularidad comporta una exclusiva o única unión marital de hecho, en respuesta al principio de monogamia aplicable a la familia natural, como una de las células básicas de la sociedad, igual y al lado de la jurídica. Desde luego, expuesta al incumplimiento del deber de fidelidad, pero sin incidencia alguna en la existencia de la relación, pues su extinción solo ocurre frente a la separación física y definitiva de los convivientes" (CSJ SC3452-2018, 21 ago. 2018, rad. No. 54001-31-10-004-2014-00246-01)

De lo anterior se colige que, la unión marital de hecho, que se conforma entre un hombre y una mujer, o entre personas del mismo sexo, exige una comunidad de vida permanente y singular, que "no necesariamente, implica residir constantemente bajo el mismo techo, dado que ello puede estar justificado por motivos de salud; o por causas económicas o laborales, entre otras, cual ocurre también en la vida matrimonial (artículo 178 del Código Civil).

Ahora, con relación a los **efectos patrimoniales** de esa forma de vinculación de pareja, y que desde luego entraña una de las formas de constituir una familia, conforme a lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005, cuando la unión marital de hecho se prolonga a lo menos durante dos años, puede llegar a predicarse la formación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes; a *contrario sensu*, si la permanencia de la convivencia marital no se extiende durante ese tiempo mínimo, no aplica ese efecto patrimonial, debiendo precisarse en todo caso, que **si alguno de los compañeros permanentes tenía vínculo matrimonial anterior, se exige**

además, para el surgimiento de la referida sociedad de bienes, que la sociedad conyugal estuviere al menos disuelta, conforme lo dispuso la H. Corte Constitucional en sentencia C-700 de 2013 y ya lo había dejado claro la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 10 de septiembre de 2003, sin que tampoco se estime necesario el transcurso del lapso de un (1) año contado a partir de tal disolución para el surgimiento de la sociedad de bienes entre los compañeros permanentes señalado en la norma, como igualmente lo sostuvo el Tribunal de Casación desde la sentencia del 4 de septiembre de 2006, emitida dentro del proceso radicado bajo el número 76001-3110-003-1998-00696-01 con ponencia del Magistrado Dr. Edgardo Villamil Portilla, decisión ésta que también sirvió de soporte a la guardiana constitucional al proferir aquélla, criterio que se ha mantenido inalterado como en reciente providencia lo acotó la Sala de Casación Civil – SC1413-2022, M.P. Hilda González Neira–.

Esa exigencia de los dos años de permanencia de la unión marital, para poder declarar la existencia de la sociedad patrimonial, es un requisito objetivo que la ley brinda para imprimir seriedad a ese tipo de unión. Mientras tanto, **la exigencia de disolución de la sociedad conyugal anterior, para a partir de allí computar el bienio necesario para el surgimiento de la sociedad patrimonial, obedece a la necesidad de proscribir la coexistencia o entremezclamiento de patrimonios sociales.**

CASO CONCRETO:

En el asunto puesto a consideración de la Sala, ningún reproche se ha realizado en cuanto al cumplimiento del término frente a la unión marital de hecho formada entre los compañeros permanentes, señores LETICIA GERALDINE SÁNCHEZ PEÑARANDA y LUIS ALIRIO RANGEL SILVA, dado que es indiscutible que la convivencia marital perduró por dos años, desde el 23 de febrero de 2019 hasta el 24 de febrero de 2021. Sin embargo, en virtud a que el último de los citados tenía vigente sociedad conyugal, para el momento del inicio de la relación, los efectos económicos no fueron reconocidos.

Al respecto, la parte demandante se resiste a que, con fundamento en la preexistencia de la sociedad conyugal que el demandado mantenía vigente, se niegue el surgimiento de la sociedad patrimonial desde el mismo momento en que se declaró el inicio de la convivencia marital, como quiera que, en su criterio, la vigencia de aquel vínculo matrimonial, junto con la sociedad conyugal que de él emanó, no constituye impedimento para el nacimiento de la sociedad de bienes entre los compañeros permanentes en razón a que, para entonces, los cónyuges se encontraban separados de hecho, situación que estima tiene la capacidad de fracturar la vigencia de la sociedad conyugal. En otras palabras, pueden coexistir esas dos sociedades universales, criterio que cimienta en lo discurrido por la Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, en sentencia SC4027 del 17 de septiembre de 2021.

En ese orden, corresponde a esta Sala el estudio en torno a si resulta factible que coexistan dos sociedades universales, que es en lo que descansa el reparo de la parte actora contra la sentencia de primer nivel.

Pues bien, conforme viene de decirse, a partir de lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005, y tal y como lo puntualiza la jurisprudencia constitucional, existen *"dos grupos de compañeros permanentes: de un lado, aquellos que no tienen impedimento legal para contraer matrimonio, y del otro lado, aquellos donde uno o los dos compañeros tienen impedimento legal para contraer matrimonio, caso en el cual se les exige que la sociedad conyugal anterior esté disuelta"*¹ (subraya la Sala). En esta ocasión importa el segundo grupo, el que, como lo tiene explanado la máxima autoridad constitucional, a partir claro está de lo que *"de forma pacífica y constante"* ha venido sosteniendo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ***"exige que opere la disolución de la sociedad conyugal anterior para que sea posible declarar desde el día siguiente la existencia de la unión marital de hecho, y una vez transcurridos como mínimo dos años de ésta, opere la presunción y el reconocimiento de la sociedad patrimonial."***² (Resalta la Sala)

Esa exigencia de la disolución de la preexistente sociedad de bienes matrimonial, no resulta insular ya que cumple una importantísima finalidad, que, como también ya se anotó, no es otra que ***"evitar la coexistencia de sociedades universales en las cuales se puedan confundir los patrimonios"***³. (Resalta la Sala)

Entonces, si uno o los dos compañeros permanentes tiene vigente sociedad conyugal, no puede abrirse paso el surgimiento de la sociedad patrimonial pues se estaría de cara a la existencia simultánea de dos sociedades universales generando confusión de patrimonios, **lo que resultaría de tortuosa liquidación**, criterio este que cuenta con una robusta y sólida línea jurisprudencial del Tribunal de Casación.

Tal postura ha sido reiterada, entre otras en las providencias: SC16493-2016, M.P. Margarita Cabello Blanco, 21 de noviembre de 2016; SC003-2021 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 18 de enero de 2021; SC006-2021 y SC007-2021 del 25 de enero de 2021, SC2503-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹ Sentencia C193-2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 20 de abril de 2016. 14 Eiusdem.

² Eiusdem

Con lo hasta aquí expuesto, no cabe duda de que el reparo de la parte actora, según el cual, el término de los dos años debe contarse desde la separación de hecho del demandado de su cónyuge la señora JESSICA ROCIO SALAZAR CANONIGO, lo cual torna viable la coexistencia de dos sociedades universales, no se abre paso.

Postura reiterada de esta Sala y que, contrario a lo alegado, no constituye una vulneración a "*la libertad probatoria*", sino al sometimiento al ordenamiento jurídico y al precedente vertical.

Recuérdese que, la sociedad conyugal surge en el matrimonio por imperio de la ley, pues así lo dispone el artículo 180 del C. C., y únicamente se disuelve cuando se presenta alguna de las situaciones fácticas reseñadas en el canon 1820 de tal estatuto, esto es, cuando se disuelve el vínculo matrimonial, se decreta la separación judicial de cuerpos o de bienes, se declara nulo el matrimonio o cuando se disuelve por mutuo acuerdo de los cónyuges elevado a escritura pública (desde la vigencia de la Ley 640 de 2001, recogido en conciliación extrajudicial). Ahora, al producirse la disolución de la sociedad conyugal, el acto correspondiente debe inscribirse en el registro de matrimonios para darle publicidad, conforme lo manda el artículo 72 del Decreto 1260 de 1970 –Estatuto del Registro del Estado Civil-, debiendo tenerse presente que, desde la vigencia de este estatuto, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, **única y exclusivamente pueden probarse con el correspondiente registro civil**, según lo prescribe en su artículo 105, lo que permite colegir que si en el registro civil de matrimonio no aparece nota marginal de inscripción de decisión judicial o acto jurídico que implique disolución de la sociedad conyugal, esta ha de tenerse como vigente por no haberse demostrado lo contrario.

Dentro de *sub lite*, se tiene que LUIS ALIRIO RANGEL, conforme al Registro Civil de Matrimonio extendido el 06 de diciembre de 2014, contrajo matrimonio por el rito Civil el día 06 de diciembre de 2014, con la señora JESSICA ROCIO SALAZAR CANONIGO, en la NOTARÍA CUARTA DE CÚCUTA, documento en el que obran notas marginales, donde puede colegirse que la sociedad conyugal RANGEL- SALAZAR estuvo vigente desde antes del inicio del marco temporal de la unión marital de hecho que el cónyuge conformó con LETICA GERALDINE SÁNCHEZ PEÑARANDA, hasta el 07 de octubre de 2019, fecha en que se profirió la sentencia de Divorcio.

En ese orden de ideas, y sin desconocer que la separación de cuerpos es una de las causales idóneas para declarar disuelta la sociedad conyugal, ha de verse que este asunto en modo alguno puede convertirse en el sendero para su decreto y, por ahí, contrarrestar la presunción de aquél instituto jurídico para abrir paso, cual lo aspira la parte actora – recurrente, a la sociedad patrimonial aquí reclamada, toda vez que si así lo fuera, que desde luego no lo es, se cometería un desafuero jurídico, pues muy bien vistas las cosas, ese no es el objeto de esta contienda y, además, no se ha vinculado en debida forma el contradictorio con quien tendría vocación por pasiva para tal disolución.

Ahora, el argumento del censor, apuntado en lo que sostuvo la Sala de Casación Civil en la sentencia SC4027-2021 relativo a que la simple separación de hecho de los cónyuges acarrea disolución de la sociedad conyugal, decisión que, dicho sea de paso, no fue unánime sino que generó seria controversia al interior de la misma Sala puesto

que respecto de ella hubo importantes salvamentos y aclaraciones de voto, tal y como acertadamente motivó el *A quo*, no constituye argumento sólido atendible frente a lo que la ley tiene previsto en materia de disolución de sociedades conyugales y, por ende, jamás puede llevar a que el juzgador desatienda las disposiciones legales que regulan el tema.

No desconoce esta Sala de Decisión, que en esa providencia, bajo un ejercicio de derecho comparado, se afirmó que *"la subsistencia formal de la sociedad conyugal, desconociendo la verdadera y real fecha de separación de los cónyuges, hoy encierra evidentes injusticias que el Estado Constitucional y Social de Derecho no puede aplaudir, por la carencia de ayuda, auxilio, solidaridad, socorro mutuos, comunidad de intereses, cuando la pareja o los consortes están del todo separados fácticamente y entrelazados por un convenio meramente ideal y formal, ajeno a la realidad y a la buena fe, y a la auténtica justicia material, por carencia de esfuerzo recíproco como elemento axial del régimen económico social"*, pero tal situación es un fiel reflejo de una simple *obiter dicta*⁴ que en modo alguno se torna en precedente, y menos aún es vinculante. Es más, ni siquiera puede decirse que sea doctrina probable⁵ pues no hay al menos tres providencias en el mismo sentido. Luego, ese pronunciamiento, diferente a lo aspirado por el recurrente, no tiene la virtualidad de echar por tierra la sólida jurisprudencia a la que anticipadamente se hizo referencia, fiel desarrollo de las disposiciones legales consagradas en el Código Civil relativas a la disolución de la sociedad conyugal (artículo 1820, modificado por el artículo 25 de la Ley 1ª de 1976) y a la imposibilidad jurídica de admitir la coexistencia de sociedad conyugal y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Mírese que, en el salvamento de voto que hiciera el Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, se indica que lo que podría encontrar *"un lector desprevenido"* en la referida decisión, *"es que se plantean unas críticas a la doctrina imperante denominándola obsoleta y se propone una visión diferente, pero partiendo de unos conceptos procesales y sustanciales errados y con pretensiones de ser modificatorios de la doctrina legal probable y de la jurisprudencia imperante"*, concluye que ***"se quiere también introducir una doctrina nueva, también contra legem, y es pretender que con la separación de hecho se produce automáticamente la disolución e incluso la liquidación de la sociedad conyugal ..."***, siendo muy claro en asegurar que: ***"En Colombia pues, por mandato legal, la sociedad conyugal que nace por el solo hecho del matrimonio, subsiste hasta que se disuelva por cualquiera de las causas legales, unas de hecho como la muerte y otras que requieren sentencia judicial, como es el caso de la separación de hecho, la cual no opera automáticamente como se dice en la sentencia, sino que se da cuando el juez decreta uno de los hechos que disuelven dicha sociedad"*** (Resalta y subraya la Sala).

De otro lado, aquella decisión, no versaba sobre coexistencia de sociedades conyugales y patrimoniales, sino que decidía el recurso de casación impetrado dentro de un proceso de simulación promovido por la cónyuge, por lo que al asegurar allí, que la sociedad conyugal se disuelve por la simple separación de hecho de los casados, implica

⁴ "El obiter dicta, (...) tiene un carácter no vinculante y sí eminentemente persuasivo", sentencia T-292/2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 6 de abril de 2006.

⁵ La Corte Constitucional precisa que puede definirse "como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto", sentencia C-537/2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 30 de junio de 2010.

contrariar sin fundamento las disposiciones legales que prevén que dicha sociedad sólo se disuelve por la disolución del matrimonio, por sentencia de separación indefinida de cuerpos, por separación de bienes, por nulidad del matrimonio o por mutuo acuerdo de los cónyuges elevado a escritura pública. Y si bien es cierto la separación de hecho es causal de divorcio y/o cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, mientras el divorcio o la cesación de efectos civiles no hayan sido judicialmente decretadas, no es legalmente viable asegurar que se ha producido la disolución de la sociedad conyugal.

Es decir, como *ad initio* de su salvamento de voto lo indica el magistrado García Restrepo, la sentencia invocada "*se fue por las ramas*". En otras palabras, tales apreciaciones, insístase, son un dicho de paso sin el peso jurídico suficiente para concebir que una simple separación de cuerpos entre cónyuges disuelve la sociedad conyugal preexistente en uno de los compañeros permanentes y, por ello, surge sin obstáculo alguno la sociedad patrimonial entre estos desde el inicio de la convivencia marital.

La aludida conclusión también es respaldada por el magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, quien, al consignar su aclaración de voto, sostuvo: "*La conclusión preliminar es sólida: de acuerdo con el ordenamiento sustancial objetivo, la separación de los contrayentes que aún no se ha reconocido judicialmente no pone fin al matrimonio ni a la sociedad conyugal. Concluir lo contrario significa aplicar un razonamiento que podría resultar conveniente pero ajeno a las normas jurídicas que, además, son claras y se encuentran en pleno vigor*"(Negrillas fuera del texto original).

En igual sentido, el Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, dejó sentado que, aunque compartía el *decisum* de la sentencia, se apartaba de su argumentación, expuso: "*El artículo 1820 del Código Civil, modificado por el 25 de la Ley 1ª de 1976, establece un numerus clausus de motivos de disolución de la sociedad conyugal que impide el reconocimiento judicial de cualquier otro. Esta taxatividad surge del diseño de la norma, cuyo encabezado indica claramente su propósito restrictivo y a continuación lo desarrolla en cinco numerales, sin dejar margen para la inclusión de otras causales, así como del acendrado carácter de institución de orden público familiar que tiene la materia e impide adicionarle o restarle elementos por vía diferente a la legislativa.*

"Entonces, por deseable que resulte la creación ad hoc de una razón adicional de terminación de la universalidad de bienes surgida del matrimonio como respuesta al supuesto abuso del derecho que alguno de los cónyuges pudiera intentar para participar en la repartición de activos que el otro adquirió tiempo después de que se separaron de hecho, las facultades hermenéuticas del fallador no alcanzan para ese fin, comoquiera que el principio democrático de separación de poderes le impide abrogarse potestades del órgano legislativo".

Corolario de lo anterior, los argumentos del recurrente no resultan suficientes para derruir los fundamentos del fallo atacado, coligiéndose que el funcionario de primera instancia hizo una correcta aplicación de la normatividad legal vigente y de la jurisprudencia que sí se erige como precedente vinculante frente al caso materia de estudio, por lo que para esta Sala existe mérito suficiente para CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juez Primero de Familia del municipio de Los Patios en sentencia del 7 de febrero de 2023, como quiera que, pese a que entre LETICIA GERALDINE SÁNCHEZ PEÑARANDA y LUIS ALIRIO RNAGEL SILVA se formó unión marital de hecho, existía un impedimento legal para el afloramiento de la sociedad patrimonial entre los compañeros

permanentes por encontrarse vigente la sociedad conyugal del matrimonio de aquel con JESSICA ROCIO SALAZAR CANONIGO hasta el día 07 de octubre de 2019.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA, SALA CIVIL FAMILIA administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida el 5 de febrero de 2023, por el Juez Primero de Familia del municipio de Los Patios, dentro del proceso de la referencia, conforme lo motivado.

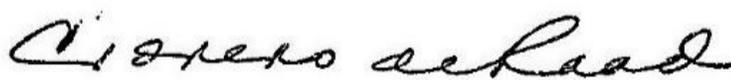
SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: En firme esta Sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA
Magistrada

(CON IMPEDIMENTO)
ANGELA GIOANNA CARREÑO NAVAS
MAGISTRADA


CONSTANZA FORERO NEIRA
MAGISTRADA

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada", en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente: ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ

Ref. Fijación Cuota Alimentos Yasmini Cañizares -Rep.Leg. G.A.R.C.- vs Gabriel Rojas Bermudez
-conflicto de competencia Juzg. 2° de Familia Cúcuta y 1° de Familia Los Patios-
Rad. 2024.00110.01

San José de Cúcuta, Nueve (9) de
Mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Seguidamente habrá de dársele solución al conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Segundo de Familia de Cúcuta y Primero de Familia Los Patios, en relación con el conocimiento del proceso de fijación de cuota alimentaria promovido por Yasmin Cañizares Pacheco, quien actúa en representación del menor G.A.R.C, en contra de Gabriel Rojas Bermúdez.

ANTECEDENTES

1.- La mentada Yasmini Cañizares Pacheco estimó necesario demandar al también nombrado Gabriel Rojas Bermúdez, con el propósito que se fije definitivamente la cuota de alimentos en favor del hijo de ambos. Explicó que aún cuando al interior del proceso de Cesación de Efectos Civiles de Matrimonio Religioso radicado 2021.00065.00, el Juzgado Primero de Familia de Los Patios fijó provisionalmente dicho concepto, la suma asignada al menor no está acorde con lo que devenga el padre, ni tampoco ha sido incrementada desde entonces.

2.- Originalmente la demanda le fue asignada por reparto al Juzgado Segundo de Familia de Cúcuta, cuya titular, empero, se abstuvo de darle trámite por considerar que carecía de competencia. Lo que argumentó al respecto fue que este nuevo litigio de "fijación y/o aumento" debía seguirse en el mismo despacho que en el asunto pretérito había fijado la cuota provisional. Y en sustento de tal postura citó el texto del numeral 6 del artículo 397 del Código General del Proceso. En

franca congruencia con tales explicaciones hizo remisión del expediente hacia la nombrada dependencia judicial, tal como puede verse en aquel auto del pasado 4 de Marzo¹.

3.- Llegada la cuestión al Juzgado Primero de Familia de Los Patios, su titular no estuvo de acuerdo con el raciocinio manifestado por la remitente y así lo dejó ver en proveído del 22 de Marzo siguiente. Advirtió de entrada que como la pretensión implica la determinación de la mesada alimentaria de un menor de edad, la competencia territorial privativa está dada por el domicilio de éste. Y como en el libelo se indicó que G.A.R.C., ciertamente está radicado en Cúcuta, a tono con el numeral 2 del artículo 28 del C.G.P., ciertamente ha de ser aquí que se ventile el asunto. Circunstancia esta, además, que descarta adjudicar la competencia aplicando el parágrafo 2 del artículo 390 *ejusdem*. Trabó así el conflicto de competencia negativo, ordenando el envío del expediente al Tribunal Superior para ser dirimido.

Pasa, entonces, ahora mismo el suscrito servidor a resolver lo pertinente previas estas muy sucintas:

CONSIDERACIONES

1.- Es necesario comenzar por decir que el juez natural es aquel a quien la Constitución y/o la ley otorga la facultad de conocer, tramitar y decidir los asuntos que la ciudadanía judicializa en ejercicio del derecho de acceder a la Administración de Justicia. Con ello se garantiza, además, el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"* (resaltado ajeno al texto).

2.- Referido lo anterior, debe recordarse que jurisprudencialmente² se ha establecido que los conflictos negativos de competencia son controversias de tipo procesal que se caracterizan porque varios jueces -usualmente 2- se rehúsan a asumir el conocimiento de un caso concreto, argumentando que no es suya, sino de un homólogo, la facultad legal de tramitarlo y resolverlo.

Su desarrollo legal se encuentra en el artículo 139 de la ley procesal civil en vigor en estos términos:

¹ Cuaderno Primera Instancia- Archivo 005

² Corte Constitucional Auto 104 del 21 de julio de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

"Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso.

"El juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo y funcional.

"El juez que reciba el expediente no podrá declararse incompetente, cuando el proceso le sea remitido por alguno de sus superiores funcionales

"El juez o tribunal al que corresponda, resolverá de plano el conflicto y en el mismo auto ordenará remitir el expediente al juez que deba tramitar el proceso. Dicho auto no admite recursos.

"Cuando el conflicto de competencia se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de éstas y un juez, deberá resolverlo el superior de la autoridad judicial desplazada.

"La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces."

Como puede colegirse de lo anteriormente transcrito, el citado artículo fija las directrices acerca del denominado conflicto de competencia sobre tres supuestos: (i) que puede provocarse de oficio o a petición de parte; (ii) que no es posible entre funcionarios respecto de los cuales exista relación de subordinación directa, y (iii) que toda la actuación cumplida hasta el momento de la proposición del mismo conserva validez. Va encaminada también a evitar dilaciones innecesarias, lo cual está fundado en el principio de economía procesal, al conservarse la actuación cumplida hasta el momento de advertirse que debe declararse la incompetencia, pues lo contrario, llevaría al funcionario judicial a secuencias que no le competen.

2.1.- En este caso la Sala encuentra no solo que se cumplen los requisitos para considerar que se presenta un conflicto de competencia, sino que incumbe ser aquí definido. Es que téngase en cuenta que los despachos involucrados en el diferendo corresponden a la misma jurisdicción ordinaria, son de igual especialidad, tienen categoría de circuito y pertenecen al mismo distrito, amén que ambos se han negado a conocer el proceso de la referencia.

3.- Ya dados la tarea de desatar la disputa competencial, resulta oportuno mencionar que para la Corte:

"Aunque la jurisdicción, entendida como la función pública de administrar justicia, incumbe a todos los jueces, para el ejercicio adecuado de esa labor se hace necesario distribuir los conflictos entre las distintas autoridades judiciales, a través de pautas de atribución descriptivas preestablecidas, contenidas en normas de orden público: las reglas de competencia".

En tratándose de la distribución de competencia es de precisarse que se realiza mediante la aplicación de diversos factores, que son los que determinan el operador judicial a quien se atribuye el conocimiento de una controversia en particular. Tales factores son: (i) el objetivo, que guarda relación con la naturaleza o materia del proceso y su cuantía; (ii) el subjetivo, que tiene en cuenta la calidad de las partes trenzadas en la disputa; (iii) el funcional, útil para identificar a quien define instancias superiores; (iv) el territorial, referido al lugar donde debe tramitarse el conflicto, y el (v) de conexidad, que depende de la acumulación de procesos o pretensiones.

Sin embargo, cabe precisar que según la Corte aunque en ciertas ocasiones los factores que determinan la competencia se entremezclan y se vuelven concurrentes, existen unos que prevalecen sobre otros³. Además de ello, ha dicho que los mencionados criterios *"... no tienen la misma importancia pues dispone el inciso 2º del mandato 139 ídem que "el juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo y funcional" (se destaca), regla que reitera el canon 16 del mismo estatuto, cuando dispone que la "jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables"*⁴.

4.- En relación a las reglas de competencia territorial consagradas por el artículo 28 del estatuto procesal civil vigente, la del numeral 1º constituye la regla general, esto es, que:

"En los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado. (...)" (Subraya la Sala).

Pese a su existencia, se debe destacar que en lo concerniente a los factores prevalentes, el inciso segundo del numeral 2º de la norma en comento consagra que:

³ Ver auto CSJ-SCC AC254-2022 fecha 04-02-2022- Radicado 11001-02-03-000-2021-04420-00

⁴ Auto AC1837-2019 de Fecha 21-05-20

"En los procesos de alimentos, pérdida o suspensión de la patria potestad, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, custodias, cuidado personal y regulación de visitas, permisos para salir del país, medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos, en los que el niño, niña o adolescente sea demandante o demandado, la competencia corresponde en forma **privativa** al juez del domicilio o residencia de aquel". (Subrayado de la Sala).

Al respecto, por la Corte se dijo que:

"(...) en juicios de esa naturaleza donde sea parte un niño, niña o adolescente, el único servidor autorizado para impulsarlos es el de la vecindad de aquéllos, pues al tratarse de una regla privativa excluye a cualquier otro.

Así se ha entendido al recordar en CSJ AC1732-2019 que «el propósito de las normas adoptadas en torno de conflictos en los que resulten vinculados o involucrados menores de edad, es beneficiar su posición brindándoles la prerrogativa, precisamente por su condición, de que dichos conflictos se puedan adelantar en su domicilio o residencia».

Por manera que si la competencia en tales asuntos se ha fijado conforme a ese estricto parámetro, es claro que al Juzgador no le está permitido declinar del diligenciamiento con estribo en razones distintas a las establecidas por el legislador, ni darles un alcance que naturalmente no tienen.

Eso sí, nada obsta para que el opositor comparezca y refute la atribución a través de la respectiva excepción previa de falta de competencia⁵".

4.1.- De otra lado, el parágrafo 2 del artículo 390 de la misma codificación indica que "Las peticiones del incremento, disminución y exoneración de alimentos se tramitaran ante el mismo juez y el mismo expediente y se decidirán en audiencia, previa citación a la parte contraria, siempre y cuando el menor conserve el mismo domicilio".

Por su parte, el numeral 2 del parágrafo 2 del artículo 397 indica:

"En lo pertinente, en materia de alimentos para menores, se aplicará la Ley 1098 de 2006 y las normas que la modifican o la complementan"

⁵ CSJ-SCC Auto AC2574-2019, citado en el auto AC3026-2019

Y el artículo 97 del Código de Infancia y Adolescencia que consagra la competencia territorial de las autoridades administrativas para conocer de las actuaciones que se adelanten en procura de salvaguardar los derechos de los menores, señala:

*"Competencia Territorial. Será competente la autoridad del lugar donde **se encuentre** el niño, la niña o el adolescente;"*

En este punto, la Corte dijo que:

"el propósito de las normas adoptadas en torno de conflictos en los que resulten vinculados o involucrados menores de edad, es beneficiar su posición brindándoles la prerrogativa, precisamente por su condición, de que dichos conflictos se puedan adelantar en su domicilio o residencia (Exp. 2007-01529-00); y que 'en orden a dirimir el conflicto ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 97 de la ley 1098 de 2006 en el sentido de que es competente 'la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente' (...)""⁶.

Sobre la observancia de esta última normatividad en los casos que conozcan las autoridades jurisdiccionales, la misma corporación tiene indicado esto:

"Tal disposición resulta aplicable, no solo en el contexto de las autoridades administrativas y los procesos de restablecimiento de derechos de menores de edad, sino en las controversias de conocimiento judicial, tal como lo ha decantado esta Corporación al puntualizar que:

«[E]n orden a dirimir el conflicto ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 97 de la ley 1098 de 2006 en el sentido de que es competente 'la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente', pues aunque esta norma se refiere a los funcionarios administrativos que deben conocer del restablecimiento de los derechos del menor afectado, es indudable que como al perder éstos la atribución por no decidir dentro de los plazos señalados en el parágrafo 2º, artículo 100 de dicha ley, corresponde a los funcionarios judiciales, a partir de ahí, asumir la competencia con base en el mismo expediente, resulta apenas natural que aquella regla se aplique a los últimos, mayormente si ese es el entendimiento que mejor garantiza la satisfacción de la obligación a cargo del Estado de '[a]segurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés y que los involucren...' así como

⁶ CSJ AC 4 jul. 2013, rad. 2013-00504-00 - AC2898-2021 del 15 jul. 2021 Rad. 2021-00999, entre otras.

'[p]rocurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal', tal y como lo establece al ordinal 34, artículo 41 de la aludida ley" (Exp. 2008-00649-00) (CSJ AC581-2020, 25 feb., rad. 2020-00521-00 y CSJ AC1787-2021, 12 may., rad. 2021-01222-00, que reiteró la providencia CSJ AC 4 jul. 2013, rad. n.º 2013-00504-00)".

Lo anterior se encuentra del todo conforme con la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuya virtud "[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)"]⁷", así como con el artículo 11 del estatuto adjetivo, que ordena interpretar las normas procedimentales de acuerdo con los estándares constitucionales, entre los cuales se encuentra el del interés superior del menor".

4. Y no se diga que por haber conocido y adelantado algunas actuaciones, el despacho primigenio debe seguir tramitando el asunto en atención al principio de la "perpetuatio iurisdictionis", porque «el domicilio de los sujetos de especial protección es fuero especial de atribución de competencia territorial, aun cuando varíe en el curso del proceso; amén de que el inciso 2º del artículo 139 del Código General del Proceso prevé que: "[e]l juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo los factores subjetivo y funcional"» (CSJ AC1664-2021, 5 may., rad. 2021-01355-00, reiterando AC1314-2020, jul. 6, rad. 2020-00722-00)⁸

4.2.- A partir de estas reglas debe entenderse que en este tipo de controversias que se discuten aspectos que involucran a menores de edad, es mandatorio aplicar el comentado fuero privativo, esto es, determinar competente exclusivamente al juzgador del lugar del domicilio o residencia el niño, niña o adolescente, en aras de garantizar, primordialmente, sus derechos.

5.- Conforme a los apartes jurisprudenciales que se acaban de traerse a colación, se tiene que si durante el curso del proceso de que se trate se dio un cambio de domicilio del menor, el juez competente también habrá de ser variado siempre en función del lugar de ubicación de aquel. Según la Corte esta regla de alterar la competencia⁹:

⁷ Artículo 9º del Código de Infancia y Adolescencia

⁸ CSJ-SCC Auto AC3405-2020 de fecha 04-12-2020 MP Luis Armando Tolosa Villabona 2415-2021 de fecha 17-06-2021 Radicación 11001-02-03-000-2021-01784-00 MP Hilda González Neira

⁹ CSJ-SCC Auto AC3405-2020 de fecha 04-12-2020 MP Luis Armando Tolosa Villab

"2.4. No obstante, así sea privativa, la competencia es dable variarla, empero, bajo la misma directriz consignada por el legislador, esto es, siguiendo el domicilio o residencia del niño, niña o adolescente. Como tiene explicado la Corte, «(...) puede y debe ceder ante circunstancias verdaderamente excepcionales, de evidenciarse la manifiesta inconveniencia de que el trámite siga siendo gestionado por quien originalmente avocó su conocimiento»¹⁰. En concordancia ha adoctrinado:

"(...) debe tenerse presente el carácter garantista y protector del ordenamiento jurídico vigente en relación con los niños, niñas y adolescentes, por lo que aun cuando la tendencia jurisprudencial de la Sala se ha orientado a preservar la *perpetuatio jurisdictionis*, este principio no puede considerarse como un parámetro pétreo o inalterable, sino que, por el contrario, debe ceder en eventos ciertamente excepcionales en los que el interés superior del menor se pueda ver comprometido (...)

"En ese contexto debe analizarse la situación que motiva el presente pronunciamiento, según la cual la madre de la menor, ante los actos de violencia que padeció por acción directa del padre de la niña, optó porque ambas abandonaran su domicilio original para trasladarse a la ciudad de Cali. Y en razón de ello (...) la actora solicitó la alteración de la competencia territorial para que un juez de Cali aprehendiera el conocimiento del proceso, a lo que accedió el Juzgado Promiscuo Municipal de El Castillo.

"La situación fáctica descrita, si bien puede ser materia de investigación en el proceso, de cara a los valores y principios que informan el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a los cuales se ha hecho referencia, persuade a la Corte a considerar que el mencionado principio de la *perpetuatio jurisdictionis* debe ceder en este caso concreto, por vía excepcional, ya que la existencia de un posible riesgo para la madre de la menor podría implicar un peligro adicional para esta, quien resultaría entonces afectada en su integridad, tanto física como psicológica¹¹".

2.5. La alteración de la competencia procede en las situaciones nombradas o también cuando es manifiesto que el cambio de domicilio del menor se debe a circunstancias que comprometen su vida e integridad personal. Situación que inexorablemente genera un rompimiento en la "*perpetuatio jurisdictionis*" y en su lugar prevalece el interés superior del menor.

2.6. Lo anterior no quiere decir que siempre se podrá modificar la competencia en todos los casos donde haya un cambio de domicilio de éstos. Se trata de un aspecto que debe ser revisado en causa (...)

¹⁰ CSJ-SCC Auto del 8 de Noviembre de 2018 Rad No. 2018-03357-00.

¹¹ CSJ-SCC Auto 28 de septiembre de 2012. Rad No. 02632, Auto de 29 de abril de 2014, Rad No. 00723 reiterado en Auto de 8 de noviembre de 2018 Rad No. 2018-03357-00.

2.8. Adicionalmente, la finalidad de alterar la competencia tiene sustento en las siguientes dos premisas: i) para salvaguardar los derechos e intereses del menor y ii) mayor celeridad en el trámite. Esto último estriba en que es más fácil fijar la competencia en el lugar donde se encuentra el menor, por cuanto hace expedita la instrucción, la recolección de pruebas, la verificación en tiempo real de las condiciones de vida de los menores, sus necesidades afectivas y económicas materiales y psíquicas”.

6.- Al amparo de las anteriores directrices legales y jurisprudenciales, considérase certera la decisión adoptada por el Juez Primero de Familia de Los Patios al considerarse sin habilitación legal para asumir el conocimiento del asunto. Es que si bien para las peticiones relativas al incremento, disminución y exoneración de alimentos, los artículos 390 y 397 adjetivos consagran la competencia en cabeza del mismo juez que conoció la primera demandada, tales cánones no resultan de ningún modo pertinentes en el caso concreto. No se olvide que el directamente interesado en la pretensión alimenticia es un menor de edad, y ya se vió, con bastante prolijidad por demás, que respecto de ellos aplica un fuero territorial privativo, exclusivo y excluyente, con arreglo al cual el juez competente será siempre el que ejerza funciones en su domicilio. Precisamente por ello en la demanda el abogado suscriptor indicó que G.A.R.C. vive en Cúcuta y siendo coherente con tal detalle dirigió el litigio para ante los jueces de familia que aquí tienen sede.

Desde esta óptica, precisamente como medida afirmativa de la prevalencia de los derechos de los infantes, las reglas procesales consagradas en las normas citadas deben ceder ante los intereses del niño involucrado en el litigio, por modo que si su domicilio cambia, cambie también el juez que lo conoce. Todo ello en aras de garantizar inmediatez y cercanía entre el niño y el juez del caso.

Entendidas las cosas de esta manera y según lo explicado precedentemente, no queda duda que el juez llamado a definir lo pretendido por la demandante, esto es, fijar de forma definitiva la cuota alimentaria, es el Segundo de Familia de Cúcuta, ya que en este municipio es donde realmente reside el menor involucrado en la causa, tal como lo expresó su progenitora.

Sobre este tópico de la competencia privativa para el cobro de alimentos de un menor la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“Tratándose del factor territorial de atribución, la regla general es la del numeral 1º del artículo 28 del precitado compendio, que atribuye la competencia al juez del domicilio del demandado, “salvo disposición legal en contrario”,

excepción que pronto aparece, cuando el segundo inciso del siguiente numeral establece que "[e]n los procesos de alimentos, pérdida o suspensión de la patria potestad, investigación o impugnación de la paternidad o maternidad, custodias, cuidado personal y regulación de visitas, permisos para salir del país, medidas cautelares sobre personas o bienes vinculados a tales procesos, en los que el niño, niña o adolescente sea demandante o demandado, la competencia corresponde en forma privativa al juez del domicilio o residencia de aquel" (resalto de la Sala)¹²».

En consecuencia, sin que sea necesario ahondar en mayores consideraciones, se asignará el caso al aludido servidor, por ser el facultado para rituar la actuación judicial.

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

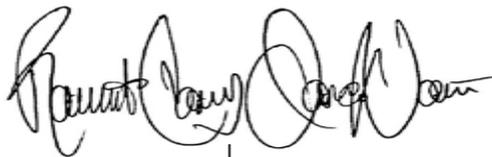
RESUELVE

PRIMERO: Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado entre los juzgados arriba reseñados, en el sentido de asignar el conocimiento del proceso de fijación de cuota alimentaria promovido por Yasmini Cañizares Pacheco, en representación de su hijo menor G.A.R.C, en contra de Gabriel Rojas Bermúdez, al Juzgado Segundo de Familia de Cúcuta.

SEGUNDO: En cumplimiento de lo dictado por el artículo 139 del Código General del Proceso, remítase a dicha dependencia el expediente digital contentivo de este proceso, para que siga conociendo del mismo.

TERCERO: Oficiar al Juzgado Primero de Familia de Los Patios, haciéndole conocer la presente decisión y aportándole copia de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ROBERTO CARLOS OROZCO NUÑEZ
Magistrado

(Se deja constancia que la presente providencia lleva la firma digital del suscrito, debido a que la plataforma de firma electrónica esté teniendo inconvenientes de accesibilidad)

¹² CSJ-SCC Auto AC,12 may.2021, rad. 2021-01222-00, en el que reiteró lo dicho en proveído CSJ AC, 18 dic. 2007, rad. N°01529-00.