



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva
Sala Cuarta de Decisión
Civil Familia Laboral

Magistrada Ponente: ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

Proceso : DECLARATIVO-UMH
Procedencia : Juzgado Cuarto de Familia de Neiva
Radicación : 41001-31-10-004-2018-00309-01
Demandante : FLOR DE LIS TOLEDO ROJAS
Demandado : BERTHIL LIZCANO OCHOA
Asunto : Apelación de sentencia

Neiva, agosto diez (10) de dos mil veinte (2020)

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA¹

Por conducto de apoderada, la señora Flor de Lis Toledo Rojas pretende la declaración de existencia de unión marital de hecho con el demandado Berthil Lizcano Ochoa, iniciada el 15 de marzo de 1981 y que perduró hasta el 30 de julio de 2017; se ordene la liquidación de la sociedad patrimonial; que en el evento de oposición se condene a la parte pasiva pagar las costas y gastos del proceso.

En apoyo de las anteriores pretensiones expuso que no tiene impedimento legal para conformar sociedad marital de hecho, conformando con el hoy demandado unión marital de hecho durante los pretendidos

¹ Folios 1 – 4 cuaderno 1.

extremos temporales, la que terminó por el abandono por parte del demandado de sus obligaciones de esposo y padre.

Que la convivencia fue notoria ante las respectivas familias, ante la comunidad de Campoalegre y municipios circunvecinos, procreando cuatro hijos y adquiriendo bienes que relaciona.

1.2.- CONTESTACIÓN²

El señor Berthil Lizcano Ochoa, a través de apoderado dio respuesta al escrito impulsor, con oposición a la prosperidad de las pretensiones planteadas en su contra, en cuanto afirma ser falso que la unión marital de hecho haya terminado el 30 de julio de 2017, ubicando temporalmente tal hecho en el mes de octubre de 2013, cuando la demandante decidió separar su convivencia y no seguir cumpliendo con sus deberes de compañera permanente, dejando de compartir lecho y amor, para posteriormente el 25 de febrero de 2017 dejar de compartir el techo.

Que por iniciativa propia de la demandante, esta dejó de ser compañera permanente y para el de 25 de febrero de 2017, fue el abandono definitivo de su parte de la vivienda, ante los desprecios que recibía de aquella y el temor a ser atacado por el perro que había llevado su hijo, que le impedía vivir tranquilamente donde alguna vez fue su residencia.

Plantea excepciones de: falta de requisitos formales y necesarios para impetrar la demanda; tasación excesiva de la estimación de la cuantía y el juramento estimatorio; excepción de prescripción y caducidad; mala fe y deslealtad procesal y genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

² Folios 62 – 75 cuaderno 1.

³ Folio 124 cuaderno 1, CD minutos 1:13 – 44:44

DECLARA no prosperas las excepciones de mérito y la EXISTENCIA de la pretendida sociedad marital de hecho y sociedad patrimonial de hecho, durante el lapso temporal solicitado; DECLARA en consecuencia DISUELTA la sociedad patrimonial, la que se LIQUIDARÁ por cualquiera de los medios de ley; ORDENA la inscripción de la sentencia en el Registro Civil de Nacimiento; CONDENA en costas a la parte vencida; FIJA agencias en derecho y DECRETA las peticionadas medidas cautelares.

Expuso la juzgadora *a quo*, que en apreciación conjunta de los diferentes medios de prueba, de acuerdo con la sana crítica y las reglas de la experiencia, por la cercanía al lugar de residencia de la pareja hoy litigante, debido a la vecindad, tienen mayor credibilidad la versión rendida por los declarantes de la actora en el punto específico de fecha de terminación de la unión marital de hecho, dando razón de manera certera y contundente de la cohabitación de la pareja, por ser testigos directos, la que no se presenta respecto de los declarantes del demandado, personas con vínculo laboral de subordinación con este, dando razón de la permanencia del actor en horario de trabajo, resaltando contradicción entre la versión extra proceso y la rendida en audiencia con relación a la convivencia simultánea del actor con la demandante y con la señora Mercedes Guzmán.

Que probada la terminación de la unión marital de hecho el 30 de junio de 2017, no se configura el año requerido para la excepción de prescripción extintiva de la acción de acuerdo con la ley 54 de 1990, porque la presentación de la demanda se realizó el 25 de junio de 2018, decretando las solicitadas medidas cautelares, porque son procedentes al tenor del numeral 2 del artículo 590 del C.G.P., por la prosperidad de las pretensiones, sin que deba modificarse la caución para el decreto de las misma, como lo peticona la apoderada de la parte actora.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

El señor apoderado de la parte pasiva oportunamente en audiencia interpone oralmente en audiencia el presente recurso, para lo cual expone que la demandante reconoció el hecho de haber dejado de ser pareja para el año 2007, separando habitaciones, para en el 2016 dejar de dirigirse la palabra; que el fallo desconoce que los testigos de la actora no precisaron fecha exacta de terminación de la unión marital de la que dan cuenta; que en las aportadas declaraciones extraprocesales, todos los deponentes concluyeron que tal hecho acaeció el 25 de febrero de 2017, porque vieron al demandado de manera definitiva en el campamento donde tenía cultivos; insiste en la prescripción de la acción porque la demanda fue presentada vencido el año de la separación total y definitiva y repara sobre el decreto de medidas cautelares, porque respecto de las mismas se presentó desistimiento tácito.

En la sustentación del recurso en la presente instancia, replicado por la parte actora, reitera en extenso la anterior argumentación, resaltando que desconoce el fallo apelado el interrogatorio absuelto por la demandante en la que afirmó que la convivencia entre los años 1981 y 2013, año en que separaron habitaciones, así como el conocimiento de otra pareja, Mercedes Guzmán, con quien afirma el recurrente mantenía relación amorosa simultánea, alterna y continua, dejando de ser pareja de manera definitiva con la demandante el 25 de febrero de 2017, época de la avalancha, conforme lo afirman los testigos de su parte, resultando contradictorias las versiones de los declarantes de la parte actora.

Repara la estimación razonada de la cuantía, vulnerándose el derecho a la tasación de valores y de igual modo el requisito de conciliación extra judicial.

⁴ Folio 124 cuaderno 1, CD minutos 44:40 -48.

2.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 328 del C.G.P., la competencia de la Sala se circunscribe a los reparos planteados por el señor apoderado de la demandada, centrados en: (i) la apreciación probatoria de la juzgadora del interrogatorio de parte de la demandante y la prueba testimonial en punto de fecha de terminación de la unión marital de hecho; (ii) la no prosperidad de la excepción de prescripción y (iii) el decreto de medidas cautelares.

2.1.- Es de recordar que la figura de la pretendida declaración de unión marital de hecho, está regulada por la Ley 54 de 1990, modificada por la ley 979 de 2005, que en su artículo 1° la define como la *“formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen comunidad de vida permanente y singular”*, denominando a sus integrantes como compañero y compañera permanente, ampliando la Corte Constitucional en Sentencia C-075 de 2007, el alcance de dicha norma, entendiendo como unión marital de hecho o unión libre la formada entre dos personas (homosexuales o heterosexuales), que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

El artículo 2° de la ley en cita, enseña que se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente, cuando: a) exista en un lapso no inferior a dos años, sin impedimento legal para contraer matrimonio, o b), existiendo impedimento por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, la sociedad o sociedades conyugales anteriores haya sido disueltas antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

De la precedente definición legal, ha tenido oportunidad de puntualizar nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en la sentencia SC128-2018 los 5 requisitos para que en el curso de la unión marital se genere sociedad patrimonial, considerados en el fallo

recurrido de (i) comunidad de vida, (ii) singularidad, (iii) permanencia, (iv) inexistencia de impedimentos legales y (v) convivencia ininterrumpida por dos años, que al no concurrir, precisa la Corte “...*dará al traste la pretensión declarativa, siendo una carga del demandante su demostración, para lo cual cuenta con libertad probatoria.*”

2.2.- Corresponde entonces a quien demande la declaración de unión marital de hecho, probar el supuesto fáctico de comunidad de vida permanente y singular, a través de los diferentes medios de prueba contemplados en nuestra codificación procesal, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., precisando al respecto de la carga probatoria la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de 28 de mayo de 2010, Expediente No. 23001-31-10-002-1998-00467-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla, traída a colación en sentencia C-086 de 2016 de la Corte Constitucional:

«Desde luego, al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan»

Dispone el artículo 176 del C.G.P., que las pruebas que se recauden en el proceso deben ser apreciadas en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, con el deber para el juzgador de exponer siempre razonadamente el mérito que se le asigne a cada prueba, ya que estas tienen el propósito de averiguar por los puntos de convergencia o de divergencia, respecto de las varias hipótesis que se presenten en torno a la materia de debate, y así poder llevar al juzgador la convicción suficiente para decidir con certeza sobre el objeto del litigio, con relación a la existencia de determinados hechos o

de su inexistencia, con la aspiración de que la certeza producida en el juez, tenga como sustento la verdad.

2.3.- Sustenta el primer formulado, el reconocimiento de la demandante al absolver interrogatorio, que para el 2007 las partes ya habían dejado de ser pareja, pero escuchado el audio que contiene el interrogatorio en la audiencia de instrucción y juzgamiento⁵, la actora afirma es que desde 2007 iniciaron los problemas de la pareja, quienes desde cinco años antes de la separación en 2017 no compartían el cuarto pero sí el techo, narrando que en dicho año 2007 le descubrieron el virus del papiloma humano, el que fue tratado y a la finalización del tratamiento el médico oncólogo les dijo que las relaciones íntimas debían ser con protección, a lo que no quiso acceder el demandado, separando cuarto por problemas con una mujer que llegó al barrio en octubre o diciembre de 2013, pero siguiendo la convivencia normal, para en 2017 no hablarse, tomando el demandado los alimentos y durmiendo en la casa común, afirmando categóricamente la fecha de 30 de julio de 2017, como la fecha de la separación definitiva, porque era un día domingo y al salir de misa el señor Berthil Lizcano se lo comunicó, anunciándole que continuaría pasándole \$140.000 semanales para ella y la hija, retirando la ropa tres días después, afirmando más adelante que desde 2013 cuando separó los cuartos, no tuvieron intimidad, pero continuando el viviendo en la casa, en la que dormía, comía y se le arreglaba la ropa.

De las seis declaraciones que se recaudaron, surgen dos grupos que difieren en el punto central de debate en la presente instancia, cual es la fecha de terminación de la unión marital de hecho a declarar, fijándolo los citados por la actora en julio de 2017 después de las festividades de San Pedro y los citados por el demandado en el 25 de febrero de 2017, después de la avalancha que azotó al municipio de Campoalegre, hechos que apoyan sus versiones, que indudablemente permiten establecer el acontecer de hechos pasados a partir de los mismos, pues dejan huella, el primero por tratarse de una festividad que

⁵ Folio 124 cuaderno 1, CD minutos 10:57 – 32:53.

como lo consideró la juzgadora *a quo*, es un hecho notorio su celebración en este departamento, cuyo día específico es el 29 de junio, el que cuando no cae en día lunes se traslada al lunes siguiente (artículo 177 C.S.T.), y el otro, también notorio, se trató de un hecho catastrófico que en menor o mayor medida afectó a los habitantes del municipio de Campoalegre.

2.3.1.- Los declarantes Carmen Medina Mosquera y Carlos Alberto Perdomo Ramírez⁶, narran claramente su conocimiento directo de la pareja litigante, por razón de la vecindad con la vivienda que compartían, bien al frente de la casa o a una cuadra, la primera, o en la casa contigua, separados por un tapia, en la esquina, el segundo, quien tenía una tienda de suministro de elementos de primera necesidad para el mercado, que atendía personalmente.

La señora Medina Mosquera refirió que por la vecindad, después de las festividades de San Pedro, en julio de 2017 no volvió a ver al demandado en la casa que compartía con la actora, cuando antes lo veía con frecuencia, ya que la declarante pasa casi todos los días por el frente de la casa de ellos y a veces entraba. Con relación al hecho de la avalancha, expone que en razón a la misma ella misma tenía que pasar por la casa de las partes para ir a recoger agua de un carro tanque todos los días, y observaba al demandado, aunque él no recolectaba agua, y que si bien le tocó recoger agua hasta después de San Pedro, no lo volvió a ver después de estas festividades.

Coincide el señor Perdomo Ramírez con la anterior declarante en la observación del demandado en la casa del barrio Caraguaja hasta las festividades de San Pedro en la que los vecinos comparten, expresando que a partir del febrero de 2017, cuando ocurrió la avalancha, el sector no contaba con servicio de agua, y que todos los días era llevada por un tanque, siendo él declarante quien se encargaba de su distribución y le guardaba a algunos vecinos, entre ellos a los litigantes, que después les

⁶ Folio 124 cuaderno 1, CD minutos 1 hora:19 a 1 hora 51.

ayudaba a llevar, sin que en el caso del señor Berthil ayudara. Precisa que después del 29 de junio de 2017 vio al señor Berthil en la indicada casa esporádicamente entrevistándose con sus hijos o para llevar a la hija a la universidad, sin saber si seguían conviviendo, desconociendo si cuando el declarante realizó algunas obras en la casa de aquellos (un horno, un mesón), vivían en habitaciones separadas.

2.3.2.- Los deponentes Álvaro Franklin Cuenca, Marlio Calderón Olaya, César Augusto Calderón⁷, ilustran su conocimiento de la pareja litigante y en punto de la debatida fecha de terminación de la unión marital de hecho, por los vínculos en calidad de contratistas con el demandado, en diferentes labores en su finca, razón para haber apreciado que después de la avalancha de Río Frio, el señor Lizcano Ochoa, permanecía en un campamento en la finca, que inclusive, afirma el señor Calderón Olaya, pensó que estaba cuidando la cosecha de arroz, enterándose después por amigos y el mismo demandado, que con posterioridad a la avalancha se había separado.

El señor Luis Alberto Flores Lizcano⁸, también da cuenta de su conocimiento del punto de debate, fijándolo exactamente en el 25 de febrero de 2017 por la avalancha que hubo en Campoalegre, pero por relato del propio demandado, que debido a la separación se fue a vivir en el campamento de la finca, en donde efectivamente lo vio cuando el declarante visitaba a una hermana que tiene finca en el sector.

2.4.- En la apreciación conjunta de las diferentes versiones de los deponentes, en el punto de fecha de terminación de la pretendida unión marital de hecho, cuya existencia no discute el demandado, se dilucida con la fecha de la que dan cuenta los vecinos de la pareja, Carmen Medina Mosquera y Carlos Alberto Perdomo Ramírez, después de las fiestas de San Pedro del 2017, quienes, como bien se considera en el fallo apelado, son personas que tuvieron mayor cercanía física a la

⁷ Folio 124 cuaderno 1, CD 1 hora :52 minutos a 2 horas:41 minutos.

⁸ Folio 124 cuaderno 1, CD 2 horas:41 minutos a 2 horas

cotidianidad, del día día de la pareja, dando cuenta de manera más certera y contundente de dicha fecha de terminación, aunque no precisa, pero si con base en un hecho cierto, como lo es la celebración de la fiesta de San Pedro, que lo es el 29 de junio, desconociendo separaciones de cama antes de dicha fecha, limite final en la que si apreciaron al demandado residir como pareja en la casa del barrio Caraguaja, ya que luego lo vieron esporádicamente visitando a los hijos.

Las versiones de Álvaro Franklin Cuenca, Marlio Calderón Olaya, César Augusto Calderón, las que precisan inclusive fecha, 25 de febrero de 2017, por haberlo apreciado residir en un campamento en la finca del demandado, obedece a los comentarios de la comunidad sobre la separación y del mismo demandado, quien también lo comentó al declarante Luis Alberto Flórez Lizcano, resultando inclusive la permanencia en el mencionado campamento propia del cuidado del cultivo de arroz, y que bien pudo darse, pero no como consecuencia de la terminación, que el propio demandado coincide con la demandante ocurrió un día domingo, después de misa, pero que él, al absolver interrogatorio⁹ ubica en el 25 de febrero de 2017, fecha que para dicho año fue un día sábado.

El argumento del recurrente, de la relación amorosa simultánea, alterna y continua con la señora Mercedes Guzmán, destacada en la presente instancia, no resulta atendible para la Sala, cuando no fue planteada en la contestación del escrito impulsor, fundando su oposición en la fecha de terminación de la aceptada unión marital, precisando en el interrogatorio absuelto que no quería separarse de sus hijos y su mujer (la demandante), pues confiaba que el distanciamiento con la actora, al separar ella camas, iba a cambiar, pero que pasaron los días, los meses, los años, entonces se rebeló el día de la avalancha, sin que fluya de la reseñada prueba testimonial dicha relación simultánea, señalando claramente los declarantes solamente a los litigantes como pareja de forma permanente y continua.

⁹ Folio 124 cuaderno 1, CD minuto 33 – 1 hora.

Ahora bien, se informa en el memorial de sustentación del recurso, que el demandado con la señora Mercedes Guzmán, elevaron a escritura pública identificada con el número 2760 de 20 de septiembre de 2019, otorgada en la Notaría Quinta de Neiva, cuya copia aporta, declaración de existencia de unión marital de hecho, la que no influye en la definición del recurso de apelación, independientemente de los extremos allí fijados, pues corresponde a una declaración actual de la convivencia en pareja, constituyendo la misma la creación de prueba a favor y, nótese que la unión marital de hecho a declarar en el presente asunto, acorde con el material probatorio recaudado, tiene como fecha de terminación el 30 de julio de 2017.

2.5.- En consecuencia no tiene vocación de prosperidad el primer reparo, y por tanto probado que el pretendido extremo temporal final de la declaración de existencia de unión marital de hecho y sociedad patrimonial hecho fue el 30 de julio de 2017, por el principio de congruencia regulado en el artículo 281 C.G.P., deben aclararse los numerales segundo y tercero del fallo de primer grado, que fija el referido hito en su orden, en el 31 de julio de 2017 y el mes de julio, y por tanto fijarlo en el último domingo del mes de julio, o sea el 30 de julio de 2017.

2.6.- El segundo reparo relativo a la configuración de la prescripción extintiva de la acción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, no está llamado a ser acogido por la Sala, como quiera que cumplida la carga probatoria de la demandante en punto de la separación física definitiva de los compañeros permanentes el 30 de julio de 2017, que marca el hito de contabilización del año que la configura, al tenor del artículo 8 de la ley 54 de 1990, a la presentación de la demanda el 25 de junio de 2018¹⁰, no había vencido y por ende no se predica la alegada prescripción por vía de excepción de mérito.

¹⁰ Sello folio 4 cuaderno 1.

2.7.- En cuanto al tercer reparo relacionado con el decreto de medidas cautelares, como bien lo expuso la juzgadora *a quo*, de conformidad con el numeral 2 del artículo 590 del C.G.P., después de sentencia favorable, no es necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros, y por ser esa la etapa procesal, era procedente el decreto de las pretendidas cautelares, sin que interfiera en las mismas el alegado desistimiento por la no prestación de caución en la etapa temprana del proceso.

2.8.- Sobre la estimación razonada del valor de los bienes que sustenta los reparos y el no agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extra judicial, son puntos que si bien no se enmarcan técnicamente como sustento oportuno de los reparos formulados en la interposición del recurso, es de anotar en primer término que el artículo 206 del C.G.P. regula el juramento estimatorio, para cuando se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, que no es lo pretendido en el asunto que nos ocupa, cual es el de declaración de existencia de unión marital de hecho y la consecuente orden de liquidación de la sociedad patrimonial, liquidación que a tono con lo dispuesto en el artículo 523 del C.G.P., cuando su causa es sentencia judicial, cualquiera de los compañeros puede promoverla ante el juez que la profirió, para que se tramite en el mismo expediente, demanda que debe contener la relación e activos y pasivos con la indicación del valor estimado de los mismos, pudiéndose objetar el inventario de bienes y deudas en la forma prevista en el proceso de sucesión.

El segundo punto de no agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación extra judicial, corresponde al juzgador en el examen de la demanda verificar su agotamiento y al advertir su ausencia inadmitirla, de acuerdo con el artículo 90 numeral 7 del C.G.P.; de pasarse inadvertido, el mecanismo a cargo de la parte pasiva, era el de recurrir por tal razón el auto admisorio, no constituyendo su ausencia, nulidad o excepción previa, porque no está expresamente señalado por el legislador, no afectando la validez de lo actuado, “...*porque podría intentarse dentro*

del proceso; igualmente retrotraer el pleito hasta sus inicios por la presunta falencia en comento va en contravía de los principios que rigen la actividad judicial”, precisa nuestra Honorable Corte Suprema, Sala de Casación Civil en sentencia STC2766–2017, M.P. LUIS ALONSO RICO PUERTA, sin que se requiera frente al pedimento de medidas cautelares (parágrafo 1 artículo 590 del C.G.P.).

2.9.- Frente a la no prosperidad del presente recurso de apelación, a tono con los mandatos del numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia al demandado, las que se liquidaran por el juzgado de conocimiento en cumplimiento de los mandatos del artículo 366 ídem.

En armonía con lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Neiva en audiencia realizada el veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019), ACLARANDO que la fecha de terminación de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial que se DECLARA en los numerales SEGUNDO y TERCERO es el 30 de julio de 2017.

2.- CONDENAR en costas de segunda instancia al demandado Berthil Lizcano Ochoa a favor de la demandante Flor de Lis Toledo Rojas.

2.- ORDENAR devolver el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese,

Enasheilla Polanía Gómez
ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

Edgar Robles Ramírez
EDGAR ROBLES RAMÍREZ

Ana Ligia Camacho Noriega
ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA