

Radicado: 68001-31-10-002-2019-00608-01.
Proceso de unión marital de hecho- Apelación auto.
Demandante: SARA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.
Demandado: Benedicto Durán Garza.
No. interno: 112/2020.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA
SALA CIVIL FAMILIA

Magistrado Sustanciador: Doctor JOSÉ MAURICIO MARÍN MORA.

Bucaramanga, doce de mayo de dos mil veinte.

Se decide el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante contra el auto dictado el 28 de enero de 2020 por el Juez Segundo de Familia de Bucaramanga.

ANTECEDENTES

Por proveído del 19 de diciembre de 2019 el despacho de primer grado inadmitió la demanda de unión marital de hecho y sociedad patrimonial introducida a través de abogado por SARA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ contra BENEDICTO DURÁN GARZA, por no haberse agotado la

conciliación extrajudicial entre las partes, como requisito de procedibilidad.

En consecuencia, el mandatario de la actora en el término concedido para la subsanación, solicitó al despacho la inscripción de la demanda en la cuota parte o derecho que la demandante y demandado tienen sobre el inmueble con matrícula N° 300-151284 adquirido durante la vigencia de la sociedad. Empero por auto del 28 de enero de 2020 se rechazó el libelo iniciático, dado que la parte demandante no aportó constancia del requisito de procedibilidad consistente en la conciliación extrajudicial; acotándose que, si bien el parágrafo 1 del artículo 590 del Código General del Proceso exonera de dicha exigencia a la parte cuando solicita la práctica de medidas cautelares, lo cierto es que tal escrito debe allegarse con la presentación de la demanda.

Inconforme con tal pronunciamiento la parte actora por medio de su abogado propuso recurso de apelación, arguyendo, en suma, que el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 exime de la obligación de agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad si se pide el decreto y práctica de medidas cautelares, luego debe admitirse la demandada, pues la parte demandante está facultado para optar por la conciliación o el ordenamiento de las cautelas, sin que pueda el operador judicial imponer una de ellas. La alzada fue concedida por auto del 6 de febrero de 2020 en el efecto suspensivo.

CONSIDERACIONES

De entrada, se advierte que la función jerárquica de la Sala en el asunto que nos ocupa se circunscribirá al estudio y definición de las específicas disquisiciones vertidas al sustentar la censura vertical por el abogado de la parte recurrente, acto que fija la competencia del superior de acuerdo al artículo 328 del Código General del Proceso.

En tal orden, al acometer el estudio de la especie que nos congrega, se advierte que en definitiva la disconformidad que ahora soporta la impugnación de la parte recurrente radica en que el Juez Segundo de Familia de Bucaramanga exige la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, pese a que se solicitó una medida cautelar, sosteniendo el funcionario que tal pedimento no se hizo en el escrito contentivo de la demanda, por lo que la actora no quedó exonerada de agotar esa condición previa.

Al respecto, es de verse que el artículo 590 del Código General del Proceso contempla las medidas cautelares en procesos declarativos, como sin duda es el que nos congrega, previendo en su numeral 1 literal a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes. Por tanto, la medida cautelar peticionada por la demandante en memorial allegado el 15 de enero de 2020 sería admisible para esta clase de asuntos.

No obstante, es de verse que el párrafo 1 del citado artículo preceptúa: *"En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad"*

Bajo tal entendido, al no haberse implorado desde la presentación del libelo genitor la medida cautelar de inscripción de la demanda en la cuota parte o derecho que la demandante y demandado tienen sobre el inmueble con matrícula N° 300-151284 adquirido durante la vigencia de la sociedad, se determina que la acá actora no quedó relevada de gestionar la conciliación extrajudicial en derecho antes de acudir a la jurisdicción. En efecto, interesa al Tribunal enfatizar, que, con arreglo a la referida norma, si quien acude en formulación de demanda ante el juez competente aspira a no agotar de modo antelado la conciliación como requisito de procedibilidad, debe deprecar en el texto mismo del escrito introductorio la cautela que sea de recibo, ya que, de lo contrario, no queda relevado de tal exigencia prejudicial. De contera, no

es viable, como aquí lo plantea la demandante discorda, que se acepte un pedimento posterior en punto de una medida cautelar, tras la inadmisión de la demanda, porque ello va en contravía, para este caso específico de la disposición indicada, en el sentido de que la solicitud de medidas debe ser simultánea con la instauración de la demanda.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que:

*"(...) el parágrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, presupone que '[e]n todo proceso y ante cualquier jurisdicción, **cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad**'. (...) en esas condiciones, este es uno de los casos en que se advierte que no era necesario que el juez acusado verificara si se cumplía con el requisito de procedibilidad, habida cuenta que estaba en presencia de una demanda en la que se pidió el decreto de una medida cautelar consistente en el embargo, en su proporción legal, del salario devengado por el convocado, con el fin de cubrir una cuota provisional de alimentos a favor de su menor hijo, -mientras se define la instancia-; circunstancia que por sí sola bastaba para deducir que la demandante podía acudir directamente a la jurisdicción de familia, esto es, obviando el agotamiento del presupuesto antes mencionado."¹ (Resaltado nuestro).*

Así mismo, al estudiar en sede de tutela un asunto en el que la medida solicitada en la demanda no era procedente, la Alta Corporación precisó que:

"Revisada la actuación judicial criticada, se tiene que la inconformidad de la impugnante, básicamente se circunscribe al hecho de que no se revisó la excepción de falta de agotamiento de requisito de procedibilidad, cuando las medidas cautelares solicitadas en la demanda se negaron por no cumplir con los requisitos del artículo 590 del Código General del Proceso.

Analizada la providencia en aras de confrontarla con la Carta Política, no advierte la Sala que se materialice los yerros denunciados por la tutelante, pues si bien el juez singular consideró que no se configuraban las excepciones

¹ STC 945-2019

*previas formuladas por el demandado y ahora tutelante, tal decisión no se advierte que esté desprovista de motivación o que se haya apoyado en norma inexistente, pues de la lectura del párrafo primero del artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, que al tenor se lee «En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, **cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad**».*

De la lectura anterior, se observa que para acudir ante el juez sin agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, el legislador no la condicionó a la resolución favorable de la petición, simplemente señaló que «cuando se solicite» la medida cautelar, como ocurrió en este caso, no se hace necesario agotar el tan mentado requisito; por manera que, aunque el razonamiento de la recurrente es respetable, debe recordarse el principio del derecho que dice «donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo», por tanto, el que accionante tenga un criterio diferente al de los jueces accionados, no configura una causal de procedibilidad del resguardo, so pretexto de invocar un control de legalidad.² (Negrilla fuera del texto).

De modo que, como las partes llamadas a integrar la presente litis no han tenido la oportunidad, antes de acudir a la administración de justicia para llegar a un eventual acuerdo por vía conciliatoria respecto de las declaraciones que persigue la actora, y la petición de medidas cautelares no se hizo en el escrito de la demanda, sino en el término otorgado por el despacho a quo para subsanarla, luego de que fue inadmitida por esa razón, no puede entenderse cumplida tal exigencia previa de procedibilidad, ni exonerada de la misma por las consideraciones ya plasmadas.

Al punto, huelga señalar lo expresado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

"Es verdad que en los términos de la Ley 54 de 1990, el reconocimiento de una unión marital de hecho y de la correlativa sociedad patrimonial entre compañeros permanentes estaba reservado a los jueces de familia, previa tramitación del proceso judicial correspondiente, en el que debían acreditarse

² STC 945-2019

los elementos estructurales definidos en la misma ley para el efecto, como se desprende de su artículo 4º, que preveía que "[l]a existencia de la unión marital de hecho se establecerá por los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil y será de conocimiento de los jueces de familia en primera instancia".

3.2. *Empero, también es cierto que esa regla fue modificada implícitamente por la Ley 640 de 2001, toda vez que allí se estableció la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad "para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia", en los casos definidos por ese mismo ordenamiento (art. 35).*

Es así cómo en su artículo 40 se previó que "la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos: (...) 3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial".

3.3. **Significa lo anterior que, a partir de la vigencia de la Ley 640 de 2001, el reconocimiento, disolución y liquidación de las sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes, son cuestiones susceptibles de ser definidas por los interesados, a través de mecanismos alternos a la intervención de la jurisdicción ordinaria. Como es propio entenderlo, entonces, de presentarse diferencias entre ellos, están obligados a solucionarlas, primero, por la vía de la conciliación extrajudicial en derecho y, en caso de que ella fracase, utilizando la vía judicial...**³ (Subrayado de la Sala)

Se impone, entonces, mantener incólume el proveído objeto de alzada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Unitaria Civil Familia,**

RESUELVE

³ CSJ Sentencia 17 de septiembre de 2013 Referencia 68001-3110-002-2006-00782-01 Magistrado Ponente doctor Arturo Solarte Rodríguez.

CONFIRMAR el auto materia de apelación dictado el 28 de enero de 2020 por el Juez Segundo de Familia de Bucaramanga.

NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.



JOSÉ MAURICIO MARÍN MORA
Magistrado