

RECURSO DE APELACIÓN RAD 540013160005-2022-00567-00

ruth graterol <ruthgraterolvisbal@gmail.com>

Mié 30/08/2023 3:30 PM

Para:Juzgado 06 Familia - Santander - Bucaramanga <j06fabuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Miguel Pombo <mikepombo@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (939 KB)

APELACION TRIBUNAL.pdf;

Buen día

Adjunto el **Recurso de apelación** dentro del proceso identificado bajo radicado No. 540013160005-2022-00567-00 para su conocimiento y fines pertinentes.

por favor acusar recibo

gracias

Doctora:

SOCORRO JEREZ VARGAS

JUEZ SEXTA DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

Email: j06fabuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

ASUNTO: SUSTENTO ESCRITO RECURSO DE APELACION

PROCESO: DECLARATIVO DE TRAMITE VERBAL DE DECLARACIÓN DE COMPAÑEROS PERMANENTES, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL

RADICACION: 540013160005-2022-00567-00

DEMANDANTE: ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS

DEMANDADO: MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO

FECHA PROVIDENCIA: 25 de agosto del 2023

Quien suscribe, ***RUTH GRATEROL VISBAL***, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía No. 66.835.768 expedida en la ciudad de Cali, abogada titulada y en ejercicio con tarjeta profesional No. 131. 581 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado del demandante dentro del proceso en referencia, de manera muy atenta, respetuosa y con el decoro que usted se merece, acudo ante esta Honorable Corporación, con el fin de manifestarle que, estando dentro de la oportunidad legal respectiva, por este escrito sustento el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de agosto del 2023, proferida por el **JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DE BUCARAMANGA**, dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

El recurso impetrado está encaminado a manifestar nuestra inconformidad frente a la decisión adoptada por el despacho de primera instancia en cuanto a la pretensión de la parte demandante ante la Negativa a declarar la Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y su consecuente liquidación, por considerar que la misma no se configuró.

No compartimos la decisión atacada, por cuanto es contraria a la verdad de autos, al denotar que se falló con fundamento en una interpretación exegética rigurosa de la norma sin consideración a los antecedentes jurisprudenciales y a los hechos probados a través de las pruebas practicadas.

La argumentación del Despacho para sustentar la negativa a la pretensión, se encaminó a declarar que no se configuró entre las partes, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, con fundamento en lo establecido en el literal b, del artículo Segundo de la Ley 54 de 1990, que a continuación se cita:

“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.”

1. El acervo documental y las pruebas practicadas en desarrollo del proceso permitieron a la Honorable Juez de Primera instancia declarar que efectivamente existió Unión Marital de Hecho entre las partes, con fundamento en lo preceptuado en el artículo primero de la citada norma.

2. Dentro del proceso se pudo demostrar que entre las partes existió unión la unión marital ya declarada desde el 3 de enero del 2013, hasta el 5 de julio del 2022, tiempo durante el cual dicha unión se amoldó a las características de comunidad de vida permanente y singular exigidas por la norma.

Circunstancia que conforme a lo preceptuado, permite presumir Sociedad Patrimonial entre compañeros y en consecuencia hay lugar a declararla.

3. En cuanto a la pretensión, no fue recibo para el despacho, por considerar con fundamento en lo establecido en la citada norma que no se configuró la Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes, debido a que la Sociedad Conyugal preexistente entre el demandante, no se encontraba disuelta.

Esta circunstancia obliga a esta letrada a enumerar las circunstancias que han sido demostradas en el desarrollo del proceso, y con fundamento en todo lo anterior, es pertinente manifestar que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en criterio de esta letrada, se encuentran probadas las circunstancias que permiten, sin lugar a dudas, establecer que se configuró entre las partes la Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes y hay lugar a declararla según lo reclamado en la pretensión denegada en la audiencia de primera instancia, pues dentro de lo argumentado en esta audiencia, se puso de presente ante el Despacho Fallador, las consideraciones del citado cuerpo colegiado, para dirimir el asunto bajo litigio, entre ellas se encuentran:

a) Sentencia de 22 de marzo de 2011, exp.2007-00091, en la que se dijo:

"(...) La unión marital de hecho, bien se sabe, supuestos los elementos que la caracterizan, tiene la virtud de hacer presumir la sociedad patrimonial, siempre que aquélla haya perdurado un lapso no inferior a dos años, con independencia de que exista impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, pues si concurre, por ejemplo, un vínculo vigente de la misma naturaleza, lo único que se exige para que opere dicha presunción, es la disolución de las respectivas sociedades conyugales, que es cuando el estado abstracto en que se encontraban, por el simple hecho del matrimonio, se concretan y a la vez mueren, y no su liquidación.

"Con ello, desde luego, lo que se propuso el legislador fue evitar la preexistencia de sociedades conyugales y patrimoniales entre compañeros permanentes, porque como lo tiene explicado la Corte, 'si el designio fue, como viene de comprobarse a espacio, extirpar la eventual concurrencia de sociedades, suficiente habría sido reclamar que la sociedad conyugal hubiese llegado a su

término, para lo cual basta simplemente la disolución. Es esta, que no la liquidación, la que le infiere la muerte a la sociedad conyugal'. Lo destacable, agrega, es que 'cuando ocurre cualquiera de las causas legales de disolución, la sociedad conyugal termina sin atenuantes. No requiere de nada más para predicar que su vigencia expiró. En adelante ningún signo de vida queda. (Sentencia 097 de 10 de septiembre de 2003, expediente 7603).

"(...)

"Recapitulando, entonces, se tiene que es factible la existencia de uniones maritales sin la presunción de sociedad patrimonial, cual acontece en todos los casos en que la vida marital es inferior a dos años, o en los eventos en que pese a ser por un tiempo mayor, subsiste la limitante derivada del impedimento legal para contraer matrimonio, como es la vigencia de la sociedad conyugal. Por lo mismo, hay lugar a dicha presunción, supuesto el citado requisito temporal, cuando entre los compañeros permanentes no concurre tal impedimento, o existiendo, la respectiva sociedad conyugal llegó a su fin por el fenómeno de la disolución.

"Desde luego, si en este último evento, lo relativo a la liquidación se entiende insubsistente, incluido el año de gracia, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes debe presumirse existente a partir de la disolución de la sociedad conyugal derivada de un matrimonio anterior. Si lo 'fundamental – dice la Corte- es la disolución, por qué imponer a quienes mantienen un vínculo, pero ya no tienen sociedad vigente, un año de espera que a los demás no se exige', menos cuando es 'imposible negar que la disolución tiene un carácter instantáneo claramente distinguible en un momento determinado. es decir por virtud de un solo acto la sociedad conyugal pasa el umbral que separa la existencia de la [disolución]. Y si ello es así, no hay lugar para indagar qué función puede cumplir algún plazo de espera antes de iniciar una nueva convivencia (Sentencia 117 de 4 de septiembre de 2006, expediente 1998-00696).

Corolario de lo anterior es que la CSJ ha reiterado su jurisprudencia en el siguiente sentido:

- La exigencia de disolución de sociedad conyugal anterior persigue única y exclusivamente proscribir la posibilidad de existencia simultánea de patrimonios, con el propósito de evitar que se presente confusión de los bienes que pertenecen a uno y otro patrimonio, esta protección se encuentra orientada a la especial protección de los menores nacidos dentro de cualquiera de las uniones
- Así las cosas el requisito exigible para que prospere la dicha declaración es la disolución, pues es esta la que permite establecer el patrimonio formado por la pareja hasta la fecha de en qué se entiende vigente la citada sociedad conyugal.

Al realizar la práctica de pruebas – testimoniales y valorar con las pruebas documentales arrimadas al proceso, el despacho equivocadamente accedió a las pretensiones de la demandada, declarando la NO existencia de unión marital de hecho entre los señores **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS**, y la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, , así como declarar la NO existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes de los extremos procesales **GOMEZ CARDENAS – VASQUEZ PACHECO** desde el 3 de enero del 2013, hasta el 5 de julio del 2022 , sin tener un fundamento factico ni jurídico.

Tal como se ha planteado, la inconformidad con la sentencia de instancia radica en lo atinente a la fecha de terminación de la convivencia, y por ende el laxo de tiempo mediante el cual se declara la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, siendo estos los puntos de inconformidad en el recurso de apelación.

La parte actora con las pruebas aportadas, No logro cumplir a cabalidad lo ordenado por el enjuiciamiento civil y de procedimiento, es decir demostrar más allá de toda duda, la existencia de los elementos propios y característicos exigidos por la Ley, que para el caso sub examine se contiene en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 del 2005, en lo referente al periodo comprendido entre el 3 de enero del 2013, hasta el 5 de julio del 2022.

Ahora bien, dentro del desarrollo y descubrimientos de los elementos materiales probatorios y del careo de los testigos, se dejo vislumbrar ciertas falacias para disminuir el tiempo de convivencia entre mi prohijado y la parte demandada, y de esta forma decretar la nulidad de algunas pruebas electrónicas de las cuales eran de vital importancia para acceder a las pretensiones del litigio que nos compete, y del cual entrare a disertar a continuación.

Para el caso, en lo referente a la declaración de la unión marital de hecho, y la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, me permito traer uno de los tantos pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia – sala de casación Civil. Radicación **7300131100042008-00084-02 sentencia SC4499-2015 Magistrado Ponente FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ** a lo cual nos dice que:

“La notoriedad o publicidad no es un requisito predicable para declarar la unión marital de hecho, puesto que los compañeros permanentes tienen derecho a mantener en reserva su convivencia marital.”

Como es muy bien sabido, las uniones maritales de hecho pueden ser oculta, o muchas veces se manejan de manera reservada y no por eso deja de ser una unión marital de hecho. De modo tal, que sin decirle nada a la familia, o al círculo social de la persona, es muy probable que se pueda estar llevando una vida clandestina.

Tanto así, que a pesar de que mi poderdante vivía bajo el mismo techo de la aquí demandada, en una aparente separación de cuerpos, pues cada cual según los testimonios controvertidos vivían en cuarto separados, no sabemos a ciencia cierta que

pasaba dentro de esta relación, una vez cerradas las puertas de la vivienda donde cohabitaban.

Aunque la relación en muchas ocasiones no fue socializada ante las personas que estaban en su entorno, es así como la Corte Suprema reconoce y presume que hay sociedad patrimonial.

Según el alto tribunal, **la reserva en una relación hace parte del derecho a la intimidad personal y familiar, como también al libre desarrollo de la personalidad**, garantías de rango fundamental consagradas en los artículos 15 y 16 de la Constitución Política.

En el mismo sentido, sostuvo que la ley no contempla como obstáculo para la idoneidad marital el parentesco entre los compañeros, -aunque este no es el caso que nos compete-, razón por la **que la sola acreditación de una comunidad de vida, singular y permanente entre una pareja, es suficiente para acceder a la declaración**.

La Corte, estableció que la discreción que mantuvo la pareja de su relación frente a otros familiares y su entorno social, obedeció a un rol estereotipado y discriminatorio del papel de la mujer, que desconoce su trabajo en el hogar y la compañía permanente al varón como un valor al proyecto de una vida en conjunto.

“Por eso, resaltó que en el estado actual del ordenamiento jurídico, en el que se pregona la igualdad formal y material entre hombre y mujer, es preciso examinar y ponderar con cuidado aquellas manifestaciones que pretenden poner a esta última en una posición de subordinación hacia el hombre, y que persiguen desconocerle tanto sus derechos fundamentales como las prerrogativas económicas que surgen de una vida en pareja. De acuerdo con el pronunciamiento, en Colombia los únicos requisitos a tener en cuenta para declarar la unión marital de hecho, que lleva implícita la ausencia de vínculo solemne entre las partes, son la comunidad de vida, la singularidad y la permanencia.”

El primero de ellos, explicó, no es otra cosa que la concatenación de actos emanados de la voluntad libre y espontánea de los compañeros permanentes, con el fin de aunar esfuerzos en pos de un bienestar común.

No depende, por lo tanto, de una manifestación expresa o el cumplimiento de algún formalismo o ritual preestablecido, sino de ***la uniformidad en el proceder de la pareja que responde a principios básicos del comportamiento humano, e ineludiblemente conducen a predicar que actúan a la par como si fueran uno solo***, que coinciden en sus metas y en lo que quieren hacia el futuro, brindándose soporte y ayuda recíprocos, sentenció la corporación.

Por su parte, ***la singularidad implica que no hay un campo para compromisos alternos de los compañeros permanentes con terceras personas***, toda vez que, a su juicio, se requiere de una dedicación exclusiva al hogar que se conforma por los hechos, ya que

la pluralidad desvirtúa el concepto de unidad familiar que presuponen esta clase de vínculos.

Finalmente, *la permanencia, entendida como la duración firme, constante, perseverante, estable e inmutable, es, para la Sala, el requisito que da origen a la familia.*

Que para el caso en concreto se vio dicha permanencia en el lapso comprendido entre el 3 de enero del 2013, hasta el 5 de julio del 2022.

La comunidad de vida, por su parte, se refiere a la conducta de la pareja en cuyo sustrato está la intención de formar dicha unión, donde tal como lo refirió mi poderdante en su interrogatorio de parte, este periodo no solo se dio como amigos y donde cada parte proveía su manutención, cuidado de ropa, alimentación, y en ningún momento como lo planteo la parte actora.

El Juez de instancia al valorar las pruebas – Testimoniales, de manera equivocada, cuestiona los deponentes de la parte pasiva y da total validez a los de la parte actora, postura que no se comparte, ya que en gracia de discusión los testigos de la parte actora incurren en serias contradicciones en su decir, que al analizar con los soportes escritos no dan certeza, ni confiabilidad, y solo demuestran el seguimiento de un libreto determinado que se demuestra al contestar preguntas que se realizaron, mismos que pueden ser visibles al analizar los audios y video de la audiencia

Al analizar todo el acervo probatorio, es claro que los testimonios de la parte actora y acorde con los soportes documentales obrantes en el expediente, y advirtiéndose que tanto en los interrogatorios de parte, así como en la práctica de los testimonios, no existió la misma exigencia por el a quo, denotando una mayor complacencia a la parte actora y sus testigos, nótese como a la demandante en su interrogatorio de parte y sin mayores interrupciones ni advertencias legales, se le concede un largo tiempo para su exposición, caso contrario ocurrió con el Señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS**, y donde su interrogatorio se caracterizó por preguntas conclusivas y directas, actos que pueden ser analizados y evaluados por el sentenciador ad quem al desatar el recurso de alzada

En la sentencia motivo de alzada, se evidencia una errónea valoración de las pruebas que hizo el a quo, para establecer los extremos temporales en que se dio la unión marital de hecho y específicamente, en el periodo del 3 de enero del 2013, hasta el 5 de julio del 2022., donde es claro que existen unos audios y unos pantallazos de WhatsApp el cual el ad quo denegó como pruebas y que al respecto me permito traer uno de los tantos pronunciamientos de la Honorable **COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL**. Radicación **410011102000 201700598 02 Magistrado Ponente JUAN CARLOS GRANADOS BECERRA Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022):**

“Atendiendo a que en el asunto objeto de estudio se cuestiona la validez de las capturas de pantalla provenientes de la aplicación “WhatsApp”, se hace procedente entrar a examinar el tema, así:

Las diferentes formas de comunicación que se han venido desarrollando en los últimos tiempos, han generado un cambio significativo en la transmisión de los mensajes de datos, a través de plataformas que cada vez más acercan a los habitantes del mundo sin importar su nacionalidad, idioma o país de residencia. Este crecimiento vertiginoso de la tecnología ha impuesto nuevos retos en los ordenamientos jurídicos, pues impone la necesidad de estar avante en la regulación de los aspectos novedosos que el mundo tecnológico nos impone.

Y es que desde al año 1966 organismos internacionales como la CNUDMI/UNCITRAL conscientes del crecimiento del comercio y de la necesidad de unificar y armonizar las normas que rigen el comercio internacional, observaron la necesidad de regular diversos aspectos relacionados con el procesamiento automático de datos, el almacenamiento de información diferentes al papel y el intercambio electrónico de datos (EDI), por lo que la Comisión en su 29º período de sesiones aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico

Luego de la promulgación de la Ley Modelo, varios Estados comenzaron a adoptar este texto dentro de su normatividad. Colombia lo hizo con la expedición de Ley 527 de 1999, *‘por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones’*. Adicionalmente, en estas dos últimas décadas se han proferido varias normas que regulan la utilización de los medios electrónicos y mensajes de datos en diferentes áreas del derecho. 1999.

Y es que el desarrollo de plataformas de mensajería instantánea como WhatsApp, WeChat, imo, Telegram, Facebook Messenger, Line, Viber, Snapchat, y de redes sociales, tales como Facebook, Instagram y Twitter, entre otras, ha permitido una gran rapidez a la hora de enviar un mensaje, no solo en el entorno familiar, sino comercial, laboral, y en general, en los distintos ámbitos en los que puede interactuar el ser humano como integrante de la sociedad.

Este crecimiento a pasos agigantados de la tecnología se ha constituido en un reto no solo para el legislador sino también para las diferentes jurisdicciones, por lo que esta Comisión estudiará de manera general asuntos relacionados con el documento electrónico, su validez probatoria y la oportunidad para controvertirlos así:

a. Los mensajes de datos derivados de aplicaciones de mensajería instantánea como documento electrónico.

La palabra documento, según el Diccionario de la Real Academia Española, proviene del latín documentum que deriva del verbo docere que quiere decir enseñar, hacer, saber, anunciar.

Tradicionalmente, el documento se venía equiparando al soporte de papel y escritura. Algunos autores, lo concebían como *‘un objeto normalmente escrito, en el que, por tanto, se plasma algo mediante letras u otros signos trazados o impresos sobre el papel u otra superficie, pero que excepcionalmente puede no ser escrito.’*

Posteriormente, con los avances tecnológicos, comenzaron a surgir inquietudes acerca de la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada en una forma distinta al papel. En nuestro país, luego de varios antecedentes legislativos, la Ley 527 de 1999 reguló varios asuntos relacionados con los mensajes de datos y su reconocimiento jurídico así:

Artículo 2º. DEFINICIONES. *Para los efectos de la presente ley se entenderá por:*

a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

Artículo 5o. RECONOCIMIENTO JURIDICO DE LOS MENSAJES DE DATOS. *No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.*

Artículo 6o. ESCRITO. *Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.*

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

De acuerdo con lo expuesto, la Ley 527 de 1999 incorporó el principio de la equivalencia funcional, el cual ha sido formulado por la doctrina así:

‘La función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa – o eventualmente su expresión oral - respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto (ILLESCAS ORTIZ, Rafael, Derecho de la Contratación Electrónica, Madrid, Civitas, 2001, p. 41.)’

A su turno, el Código General del Proceso, en el capítulo IX, en relación con los documentos estableció:

Artículo 243. Distintas clases de documentos. *Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas,*

cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares. (resaltado fuera del texto).

Así mismo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-604 de 2016, al estudiar la constitucionalidad del numeral 2º del artículo 247 de la Ley 1564 de 2012, señaló lo siguiente:

‘En el ámbito probatorio, la Ley establece que los mensajes de datos son medios de convicción y su fuerza en cuanto tales corresponden hoy, cabe aclarar, a la otorgada a los documentos en general en el Código General del Proceso. Así mismo, la regulación prohíbe expresamente negar capacidad demostrativa, efectos o validez jurídica, en cualquier actuación judicial o administrativa, a la información contenida en mensajes de datos, por el sólo hecho de tratarse de información en esa clase de soporte o por no haber sido presentada en su forma original.

Y más específicamente, la ley señala como criterios de apreciación de los mensajes de datos las reglas de la sana crítica y, en particular, la confiabilidad en la modalidad de conservación de la integridad de la información, la manera en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente. La confiabilidad de los documentos electrónicos se deriva, como se dijo, también de los tipos de técnicas utilizadas para asegurar la inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad del contenido de los mensajes de datos’.

Ahora bien, la mensajería instantánea (también conocida en inglés como Instant Messaging, acrónimo IM) es una forma de comunicación en tiempo real entre dos o más personas basada en texto y que hacen uso de dispositivos conectados a internet u otras redes que permiten la transmisión de datos.

En este orden de ideas, en aplicación del principio de equivalencia funcional, los mensajes de datos creados, enviados o recibidos a través de plataformas de mensajería instantánea, como lo son WhatsApp, WeChat, imo, Telegram, Facebook Messenger, Line, Viber, Snapchat, entre otras, son documentos electrónicos y en consecuencia no se les pueden negar efectos jurídicos, o validez probatoria.

b. Validez probatoria de los mensajes de datos creados a partir de aplicaciones de mensajería instantánea

En materia procesal, las decisiones deben fundarse en las pruebas debida y oportunamente aportadas al proceso, por tanto, en tratándose de pruebas electrónicas, también deben observarse los principios de producción de la prueba, de legitimación, legalidad, conducencia, inmaculación, licitud, utilidad y pertinencia.

En relación con la validez probatoria de los mensajes de datos, la Ley 527 de 1999, en su momento estableció:

Artículo 10. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS.
Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

Artículo 11. CRITERIO PARA VALORAR PROBATORIAMENTE UN MENSAJE DE DATOS.
Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Posteriormente, el Código General del Proceso en relación con las pruebas estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. *Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.*

Artículo 247. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS. *Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.*

Ahora bien, en relación con las pruebas documentales es importante diferenciar la prueba ilícita de la prueba ilegal o irregular. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que la prueba ilícita es aquella que:

«corresponde no sólo a aquella que se obtiene con vulneración al debido proceso, sino en general a aquella que atente contra garantías fundamentales», esto es, que se obtenga con violación a las garantías y derechos fundamentales del investigado, tales como «los derechos a la vida, a la no autoincriminación, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas, entre otros.» (Magistrado Ponente Dr. MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ TAMAYO, 17 de agosto de 2022. Radicación nro. 730011102000 2018 01255 01.)

De otro lado, la prueba ilegal se produce cuando se atenta contra las reglas procesales establecidas para su decreto, práctica y posterior valoración por parte del juez. Así las cosas, mientras la prueba ilícita, ataca directamente los derechos fundamentales de la persona y puede dar lugar a la configuración de una conducta delictiva, la prueba ilegal,

ataca las formalidades propias del proceso, especialmente, en lo que corresponde a la producción, incorporación y valoración de la prueba.

Sin embargo, sea que se trate de una prueba que se haya aportado afectando derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la intimidad, entre otros derechos; o que se trate de inobservancias procesales relativas a la incorporación de la prueba y a su desarrollo dentro del proceso; esta Corporación ha considerado que en ambos casos deberán ser excluidas del proceso, atendiendo a lo señalado por el artículo 88 de la ley 1123 de 2007, en concordancia con el artículo 23 del C.P.P.

Ahora bien, para esta Comisión es importante realizar algunas precisiones en relación con las pruebas aportadas durante la investigación disciplinaria y que tienen su origen en aplicaciones de mensajería instantánea, especialmente en lo que se refiere a capturas de pantalla y mensajes de voz.

(i) Capturas de pantalla, aportadas como documentos impresos.

En materia documental, el Código General del Proceso establece lo siguiente en su artículo 244:

ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos. Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones. (Subrayado por fuera del texto)

En lo que comporta a la valoración documental, de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, los documentos pueden clasificarse en públicos y privados, con una gran diferencia en lo que corresponde a la presunción de autenticidad, señalando lo siguiente:

«Mientras la autenticidad del documento público se presume a términos del inciso 1° del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el privado es auténtico a raíz de su reconocimiento, de su inscripción en un registro público, de la declaratoria judicial de autenticidad y de la presunción establecida por la ley» (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de noviembre de 2000, M.P. Nicolás Bechara Simancas. Radicado No. 5664)

Presunción que establece precisamente el artículo 244 del C.G.P., en lo que corresponde al alcance del valor probatorio de los mensajes de datos. Ahora bien; en tratándose de mensajes obtenidos vía WhatsApp, WeChat, imo, Telegram, Facebook Messenger, Line, Viber, Snapchat, para mencionar algunas, así como redes sociales, tales como Facebook, Instagram y Twitter; especialmente aquellos aportados mediante captura de pantalla y aportados como documentos impresos, es claro para esta Corporación, de acuerdo con el texto del artículo 244 del C.G.P., que deben considerarse auténticos a menos que sean controvertidos por la parte interesada.

Adicionalmente, también es importante señalar que esta Comisión, mediante decisión del 9 de diciembre de 2021, se apartó de la tesis asumida por la Corte Constitucional, en Sentencia de tutela T 043 de 2020, especialmente en lo que correspondió al valor indiciario otorgado por esa alta Corporación a las capturas de pantalla extraídas de aplicaciones de mensajería instantánea, toda vez que se consideró que se alejaba de lo preceptuado por la Ley 527 de 1999, que se basaba a su turno en la ley Modelo sobre Comercio Electrónico y de cuyos preceptos se podía concluir que la impresión de los mensajes de datos no constituían ‘prueba indiciaria’, sino documental.

En ese sentido, esta Comisión retoma el principio general de interpretación que indica que cuando el texto de la ley es claro no le es dado al intérprete asignarle un alcance diferente; ello, porque el artículo 244 del C.G.P. al señalar lo referente a la autenticidad de los documentos en cuanto a su carácter de públicos o privados, y al incorporar los mensajes de datos en el inciso 5°, aceptó, primero, que constituyen un documento y segundo, en lo que corresponde a su aporte en original o en copia, señaló una presunción de autenticidad del mismo, presunción legal, que admite prueba en contrario, bajo la condición de que sea alegada su falsedad, caso en el cual, y en el evento de comprobarse que dicho documento fue manipulado, adulterado o falsificado, dejará de tener valor probatorio.

(ii) Notas de voz

En lo que corresponde a las notas de voz, existen pronunciamientos por parte de las altas Corporaciones en los que se ha establecido la protección al derecho a la intimidad cuando se utilizan grabaciones sin el consentimiento de la persona cuya voz se reproduce. En este punto, especialmente en lo que corresponde a la protección al derecho a la intimidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

«Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley.» (T-696 de 1996.)

Sin embargo, en recientes pronunciamientos, la Corte Constitucional también ha señalado que la protección a la intimidad no es absoluta y puede ser limitada atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como resultado de la interrelación de otros intereses constitucionalmente relevantes (Corte Constitucional Sentencia SU 371 de 2021. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.)

En lo que corresponde a los mensajes de voz, éstos no pueden equipararse a las llamadas telefónicas, que de ser grabadas requieren del consentimiento de su emisor para su utilización en materia probatoria; toda vez que, cuando hace uso de sistemas de mensajería instantánea, su uso lleva consigo una aceptación implícita por cada una de las partes, reconociendo que en dichas conversaciones quedan registradas las notas de voz que pueden llegar a reproducirse en múltiples ocasiones.

Más aún, la forma como han avanzado dichas plataformas ha permitido que se constituyan en mecanismos expeditos a la hora de ejercer ciertas profesiones, como en el caso del derecho, en especial en tratándose de la comunicación del abogado con sus clientes frente a los asuntos que van desarrollándose en el ejercicio de su representación y que requieren ser resueltas rápidamente entre apoderado y poderdante.

Así las cosas, para esta Comisión, los mensajes o notas de voz que se originan a partir de las distintas plataformas de mensajería instantánea, y que se aportan en las investigaciones disciplinarias, no son violatorias de derechos constitucionales, siempre y cuando las pruebas aportadas cumplan con los siguientes requisitos:

- Que exista un propietario legítimo del mensaje, en este caso de la grabación de voz.
- Que la persona contra la que se presenta la prueba sea su correlativo interlocutor, es decir, que no puede ser un tercero que no participó de la conversación.
- Que lo que se pretenda probar con el mensaje de voz, tenga relación directa con lo que se pretende probar dentro del proceso disciplinario; para lo cual el juez valorará previamente el carácter de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba; por lo que quedaría excluida toda información referente a datos personales y familiares y todos aquellos aspectos que expongan situaciones de raza, sexo, lengua, creencias religiosas, ideologías, etc. por cuanto, se entiende que comportan la protección de derechos fundamentales.

c. Oportunidad procesal para controvertir los mensajes de datos de mensajería instantánea.

En materia probatoria para el derecho disciplinario, al igual que en otras áreas del derecho procesal, las pruebas aportadas en la investigación disciplinaria deben ser puestas en conocimiento de los sujetos procesales con el fin de garantizar derechos fundamentales como el derecho de defensa. En este sentido, el decreto de pruebas constituye el punto de partida del tránsito legal de la prueba, pues es aquí donde se admiten los elementos probatorios que serán tenidos en cuenta a lo largo del proceso.

(...)

(...) sin embargo; en lo que hace referencia al momento procesal oportuno para alegar la ilegalidad o ilicitud de la prueba, es necesario remitirnos al Código General del Proceso especialmente en lo que corresponde a la tacha de falsedad, en el que se establece lo siguiente:

ARTÍCULO 269. PROCEDENCIA DE LA TACHA DE FALSEDAD. La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba.

Esta norma también se aplicará a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aduzca. No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión.

Los herederos de la persona a quien se atribuye un documento deberán tacharlo de falso en las mismas oportunidades. (subrayado fuera del texto)

En tratándose de proceso disciplinario, por su naturaleza, no se da cumplimiento a la interposición de demanda, ni a la contestación de la misma, por lo que la oportunidad procesal se encuentra limitada a la audiencia en la que se ordenó tener como prueba o incorporar el documento que se pretende tachar de falso.

Esta Corporación se ha referido a este punto señalando que dicho momento, para el caso del proceso disciplinario, es la diligencia en la que el funcionario ordena incorporar los documentos al expediente; así lo estableció esta Corporación:

«Lo primero que se advierte es que la manifestación de la defensora de oficio recriminando la legalidad de las pruebas, no fue propuesta en la oportunidad procesal correspondiente, esto es, en la diligencia en la cual el magistrado ponente, ordenó la incorporación de los documentos en los cuales se condesó las conversaciones de WhatsApp entre la quejosa y la disciplinada y en la que se escucharon los audios que la investigada a través de ese medio le remitió a la señora Ariza Ulloa y que fueron reproducidos en la diligencia» (Magistrada Ponente: DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ. Rad. 68001-11-02-000-2018- 01503-01. Acta 008 del 2 de febrero de 2022.)

Ahora bien, no se trata simplemente de manifestar que no se encuentra de acuerdo con la prueba, sino que se exigen las formalidades propias establecidas en virtud del artículo 270 del Código General del Proceso que establece:

ARTÍCULO 270. TRÁMITE DE LA TACHA. Quien tache el documento deberá expresar en qué consiste la falsedad y pedir las pruebas para su demostración.

No se tramitará la tacha que no reúna estos requisitos:

Cuando el documento tachado de falso haya sido aportado en copia, el juez podrá exigir que se presente el original.

El juez ordenará, a expensas del impugnante, la reproducción del documento por fotografía u otro medio similar. Dicha reproducción quedará bajo custodia del juez.

De la tacha se correrá traslado a las otras partes para que presenten o pidan pruebas en la misma audiencia.

Surtido el traslado se decretarán las pruebas y se ordenará el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones. Tales pruebas deberán producirse en la oportunidad para practicar las del proceso o incidente en el cual se adujo el documento. La decisión se reservará para la providencia que resuelva aquellos. En los procesos de sucesión la tacha deberá tramitarse y resolverse como incidente y en los de ejecución deberá proponerse como excepción.

El trámite, de la tacha terminará cuando quien aportó el documento desista de invocarlo como prueba.

Por consiguiente, cualquier manifestación que se realice en otras etapas procesales, como por ejemplo en los alegatos de conclusión, no está llamada a prosperar, toda vez que el término en materia procesal es perentorio y además se requiere de cierta formalidad como es la interposición de la tacha de falsedad, que si bien, no se encuentra desarrollado expresamente en la Ley 1123 de 2007, por integración normativa, el juzgador habrá de remitirse al Código General del Proceso, que regula de manera expresa este trámite.

En síntesis, es procedente concluir por parte de esta Corporación que los mensajes de datos creados, enviados o recibidos a través de plataformas de mensajería instantánea, como lo son WhatsApp, WeChat, imo, Telegram, Facebook Messenger, Line, Viber, Snapchat, entre otras, y aportadas a través de capturas de pantalla, copias, o mensajes de voz, constituyen prueba documental y se presumen válidas mientras no sean tachadas de falsas por la parte en contra de quien se presenten.

De igual forma, por constituir un medio de comunicación debidamente aceptado por las partes y en especial por el abogado que, en ejercicio de su profesión, lo ha incorporado para interactuar con sus clientes, no se precisa una violación a la intimidad, cuando quiera que se trate de aspectos relacionados con su ejercicio profesional. Sin embargo, el juez como director del proceso debe realizar una revisión exhaustiva de la procedencia de la prueba de manera que corresponda efectivamente a una comunicación válida entre el propietario del mensaje y su interlocutor.

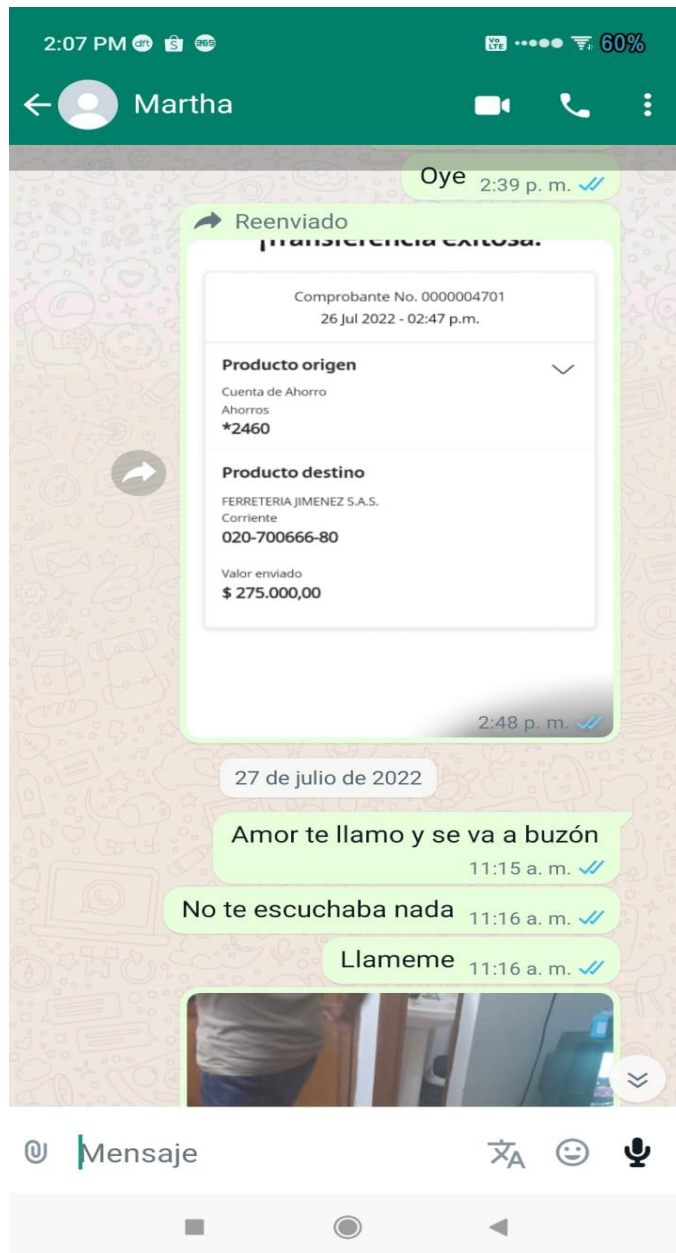
Por último, en aplicación del principio de integración normativa, y atendiendo a los establecido en el Código General del Proceso, la oportunidad procesal para interponer tacha de falsedad frente a una prueba aportada al proceso y derivada de comunicaciones por mensajería instantánea corresponde a la audiencia o diligencia en la que el juez disciplinario ordenó su incorporación al proceso.”

De modo que en nuestro caso en concreto, notamos como el ad quo pone de presente la ilegalidad de pruebas que de por si son contundentes para la clarificación del caso en litigio y que no valoró los mensajes de WhatsApp, audios y pantallazos allegados, para que fueran incorporados al expediente en la audiencia de pruebas, toda vez que la demandada alegaba de que podrían ser Martha y Andrés, y que Martha había muchas y Andrés había muchos. Pero si el juez escucha los audios y valora los pantallazos, se va a dar cuenta de que Martha habla de instrumentos de ferreterías y cuando se habla de esos elementos de ferreterías es porque Martha tiene ferreterías y **hubo consignaciones que fueron hechas directamente a la ferretería, como por ejemplo:**

Del día 16 de julio se realizo una Consignación a la FERRETERIA JIMENEZ POR UN VALOR DE \$1.490.000. a la cuenta de destino de la FERRETERIA JIMENEZ



El 26 de julio del 2023, se realizó una Consignación de la cuenta de ahorros terminada en 2460, a la FERRETERIA JIMENEZ S.A, CUENTA CORRIENTE No. 020-700666-80.



Esto fue unos días antes de dar terminada la relación, en donde esa transferencia fue exitosa a la ferretería Jiménez evidenciándose que esos dineros llegaron a las arcas de la ferretería, toda vez que se encuentra el numero de la cuenta corriente a la cual le consigno.

Es de anotar que son pantallazos en el cual se evidencia dineros que mi cliente le consignaba a la aquí demandada, y además en esos pantallazos se evidencia compras de artículos de ferretería, denotando su relación, como a continuación lo evidencio:

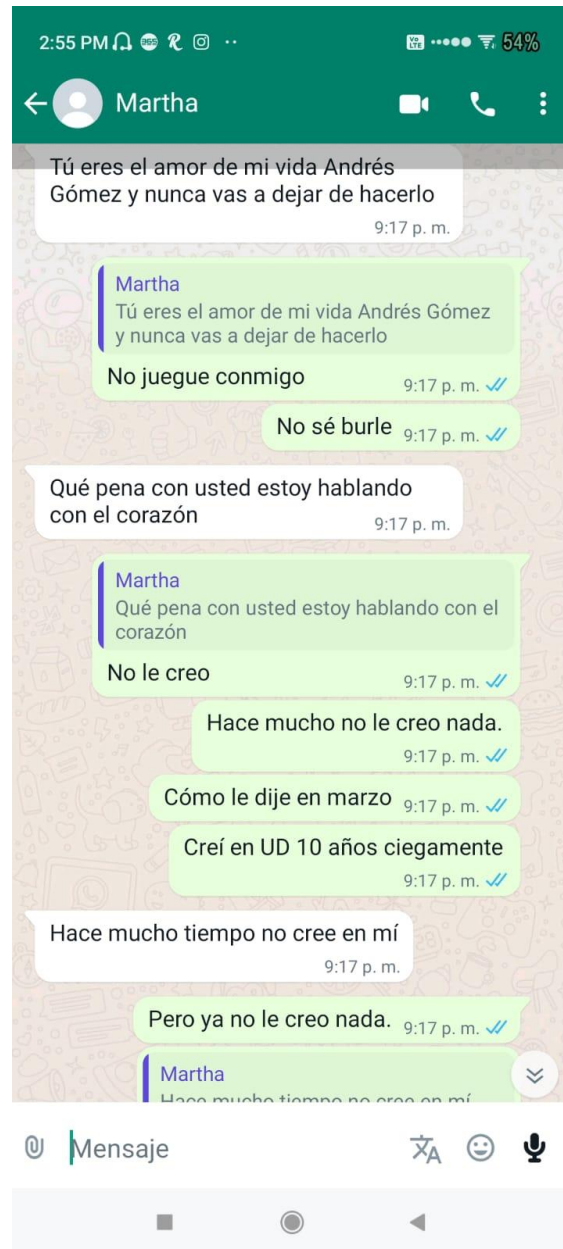


Por consiguiente, aquí vemos que se observa una caja en donde claramente es una mercancía despachada desde el almacén a la persona que le vendió el señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS**.



En esta captura se evidencia una sierra que también la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, despacha al cliente del señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS** y donde relaciona las características del equipo, evidenciándose que el trato de ellos es de una pareja. Por lo tanto estas capturas no solamente demuestran una relación sentimental, sino también una relación laboral. Es cierto que el señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS** en sus tiempos libres ayudaba a las ventas del almacén, por lo tanto, estas ventas se incrementan y forman parte del capital que ellos dos construyeron.

Otro pantallazo donde se evidencia esa relación es este:



Aquí la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, dice:

"Tú eres el amor de mi vida Andrés Gómez y nunca has dejado de serlo"

A lo cual el señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS** le contesta:

"No juegue conmigo, no se burle"

Y en otro apartado el señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS** le dice:

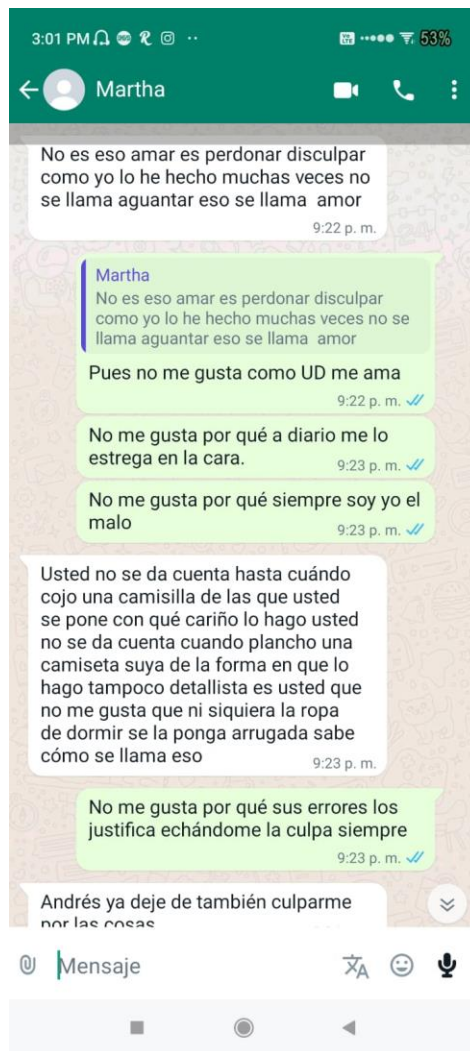
"creí en UD diez años ciegamente"

A lo cual la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO** contesta:

“hace mucho tiempo no cree en mí”

Evidenciándose en este pantallazo de WhatsApp que la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO** confirma los diez años que estuvieron juntos.

Ahora bien en este pantallazo:



Se puede observar claramente que la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, era quien le arreglaba la ropa del señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS** tanto así que ella le dice:

“Usted no se da cuenta hasta cuando cojo una camisilla de las que usted se pone con que cariño, lo hago usted no se da cuenta cuando plancho una camiseta suya de la forma en que lo hago tampoco detallista es usted que no me gusta que ni siquiera la ropa de dormir se la ponga arrugada sabe cómo se llama eso”.

Y esta otra donde declara:



“usted es un experto vivía conmigo y....”

Claramente se deduce que ellos eran pareja y tenían una unión marital de hecho viviendo y compartiendo el mismo techo.

Ahora bien, con respecto al contrato de arrendamiento que se celebró entre los señores **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS**, y la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, con el propietario del apartamento, el señor **HERNANDO ANTONIO NEIRA CARDENAS** donde en ese contrato vamos a aclarar que como pareja el uno aparecía como fiador y el otro como tomador del apartamento y que este apartamento fue entregado el 25 de noviembre del año 2022. El señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS** deja las llaves en portería y quien entrega el apartamento es la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, y dicho apartamento hay que entregarlo inventariado, porque nadie alquila sin inventario alguno y quien cancelaba los canon de arrendamiento de ese apartamento era la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, toda vez que el señor **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS** es quien lo toma pero no tiene ni idea, ni siquiera

de cuando se tenía que pagar el arriendo, cuanto se debía cancelar y a quien se lo debía cancelar, y la encargada de esos pagos era la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**.

Finalmente, con fundamento en los planteamientos que anteceden, y por considerar que en el fallo parcialmente atacado, no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre, lo que origina la necesidad de que en reconocimiento de los principios de Igualdad ante la Ley; Seguridad Jurídica y Confianza Legítima el asunto bajo juicio se resuelva a la luz de los precedentes del máximo órgano de la jurisdicción.

Consecuencia de los anteriores términos, por considerar que el fallo se ha fundamentado en insuficiente apreciación de los elementos materiales probatorios arrojados al proceso., dejo presentado sustento al recurso de apelación, solicitando a los honorables magistrados, se acceda a lo solicitado, y se revoque la parte de inconformidad de la sentencia del 25 de agosto del 2023, proferida por Juzgado Sexto de Familia de Bucaramanga

Solicito de manera muy atenta, respetuosa y con el decoro que usted se merece, se sirva revocar la parte recurrida de la sentencia, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla.

Declarar la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes entre los señores **ANDRES FABIAN GOMEZ CARDENAS**, y la señora **MARTHA ELENA VASQUEZ PACHECO**, que, acorde a la fecha de presentación de la demanda, debía dar prosperidad a la excepción planteada de “PRESCRIPCIÓN PARA LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO”. artículo 8º de la ley 54 de 1990, que establece un plazo de un año contado desde la separación física de los compañeros, donde esta se dio el 3 de enero del 2013, hasta el 5 de julio del 2022, , caso que no se dio por la parte actora que pretendía dicho reconocimiento.

Del señor juez y Honorables Magistrados, con deferencia,



Firma digital válida únicamente para este documento.
El suscriptor no se hace responsable por la reproducción de su firma digital para otros trámites no autorizados expresamente.
La utilización de esta firma para otros trámites o documentos que no hayan sido suscritos o autorizados por el suscrito constituirá
falsedad del documento y de ser utilizado en actuación judicial o administrativa acarreará, además, la comisión del delito de fraude
procesal, Artículo 453 del Código Penal.

RUTH GRATEROL VISBAL

C.C. 66.835.768 de Cali

T.P. No. 131. 581 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura