

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., marzo veintiocho de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación : 25290-31-10-001-2019-00552-01
Aprobado : Sala 07 de marzo 10 de 2022.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida por el juzgado de familia de Fusagasugá, el 6 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

1. Clara Eduvina Jara Mor, abogada actuando en nombre propio, demandó a Carlos Edmundo Sánchez Gómez pretendiendo se decrete el divorcio del matrimonio civil entre ellos celebrado el 28 de diciembre de 2011, se disuelva la sociedad conyugal y se proceda a su liquidación, se declare al demandado cónyuge culpable, se le condene a proporcionarle alimentos equivalentes a un 50% de lo devengado, se inscriba la decisión en el certificado de matrimonio y se le condene en costas.

Invocó las causales previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 154 del código civil, relata que se casaron tras haber mantenido una unión marital de hecho desde el 26 de septiembre de 1998 hasta la celebración del matrimonio, su domicilio conyugal estaba en la finca El Guandalay, vereda San Francisco del municipio de San Bernardo, que cesaron su convivencia el día 1 de febrero de 2019 cuando el demandado dejó de convivir con ella y que no procrearon hijos.

En vigencia de la sociedad conyugal adquirieron cuatro inmuebles y el 50% de otro, celebraron contratos de prestación de servicios como litigantes en los que se pactaba en cuota litis honorarios y las prestaciones e indemnizaciones recibidas por el demandado como empleado de la Rama Judicial.

En vigencia de la unión marital y durante el matrimonio, su esposo “*tuvo varias infidelidades*”, relaciones sentimentales con Ana Luisa Mendoza y Alba Patricia Mora, que al reclamarle se excusaba y pedía otra oportunidad y la actora cedía; que a partir de noviembre del año 2018, “*comenzó a ausentarse del hogar*” incumpliendo sus deberes maritales; que al reclamarle por su ausencia decía estar con su familia y que la actora se enteró el 20 de enero de 2019 que los alejamientos se debían a la relación extramatrimonial que sostenía el demandado con Sandra Patricia Montaña y al confrontarlo aquel aceptó estar “*muy enamorado*” y decidió irse definitivamente del hogar radicándose desde el 1º de febrero de 2019 en Bogotá, retirando el 7 de septiembre de 2019 todas sus pertenencias y objetos personales de la finca.

Narra que para el año 2011 laboraba en la rama judicial, régimen de carrera administrativa, pero desde ese año, a solicitud de su esposo, decidió abandonar el trabajo y como no la dejó ejercer su carrera de abogada depende económicamente de él, fue diagnosticada con artrosis degenerativa y se encuentra pendiente de una cirugía de rodilla, por lo que ha tenido que recurrir a familiares y amigos para su subsistencia. Solicitó como medida provisional la fijación de alimentos a cargo de su culpable esposo.

2. Trámite

La demanda fue admitida el 27 de enero de 2020¹ y seguidamente se señaló cuota alimentaria provisional en favor de la actora que se tazó en el 30% del ingreso pensional del demandado, quien notificado contestó oponiéndose a sus pretensiones, negó la infidelidad y adujo que fue la actora quien primero abandonó el hogar por semanas para visitar a su familia, que constantemente le dirigía improperios, que el deterioro de la relación fue la falta de afecto y diálogo, los celos, las discusiones y ausencia de relaciones sexuales, que decidió abandonar el hogar en diciembre de 2018.

Excepcionó de mérito (i) *“falta de legitimación en la causa en la demandante para reclamar en mi contra y en su favor cuota alimentaria por ausencia de culpabilidad del suscrito en la ruptura de hecho del vínculo del matrimonio civil”*, citando de la Corte Constitucional la sentencia C-1995/00 para resaltar que en ella se señala que: *“el hecho de que uno de los cónyuges, en ejercicio de su derecho a la intimidad, invoque una causal objetiva para acceder al divorcio, no lo faculta para disponer de los efectos patrimoniales de la disolución, de tal manera que, cuando el demandado lo solicita, el juez debe evaluar la responsabilidad de las partes en el resquebrajamiento de la vida en común, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales.”*, que en su caso la demandante además no requiere de cuota alimentaria, *“pues como profesional del derecho despliega actividades en el ramo que le procuran suficientes ingresos que le permiten una vida holgada, es propietaria del inmueble ubicado en la calle 24 A No. 3 Este 14, urbanización Parados de Bethel del municipio de Fusagasugá, que bien puede rentarse en suma superior a un salario mínimo mensual actual”*, en contraste con sus exiguos ingresos y baja capacidad económica para procurar alimentos, más aun cuando es una persona mayor de 68 años que ha menguado su capacidad laboral.

(ii) *“falta de capacidad económica del suscrito para prestar alimentos a la demandante”*, pues sus ingresos son inferiores a sus egresos, por lo que cualquiera que sea el monto de una cuota alimentaria que se asigne en favor de la demandante, él quedará en la mendicidad, más aún con su improductiva edad de 68 años.

(iii) *“Ausencia de necesidad de la demandante para reclamar la cuota alimentaria que invoca en la demanda”*, Dado que como profesional del derecho despliega actividades en juzgados civiles del circuito y civiles municipales de Bogotá, Soacha y Fusagasugá, que le procuran suficientes ingresos que le permiten una vida holgada, además de ser propietaria del inmueble antes referido.

(iv) *“Ausencia de los requisitos de los numerales primero y segundo del artículo 154 del Código Civil”*. No se aportó prueba que permita sustentar las causales de divorcio, no se evidencia del material probatorio alguna señal de lo que allí afirma y en tal condición si no puede acreditar la causal que invoca las pretensiones no pueden prosperar, lo contrario, si de infidelidades se trata, *“en punto a este preciso tema se contará con el testimonio de Silvano Barrera, quien como Porambero y residente en la finca Gualanday, se encargará de escudriñar secretos oscuros que nunca se pensó que podrían salir a la luz”*²

Al descorrer el traslado la demandante señala que se deben alimentos al cónyuge inocente y que prueba que el demandado incurrió en la causal primera, que *“no quería establecer ningún tipo de diálogo y además comenzó a ausentarse del hogar”*, que, a más del ingreso pensional, de la contestación se puede extraer que ejerce su profesión y alardea de su holgada capacidad económica, mientras ella a pesar de su título profesional no ha podido ejercer como abogada, pues a petición de su esposo decidió renunciar para dedicarse a las labores del hogar y sobre el inmueble de su propiedad da cuenta que allí vive su hijo con su familia y no percibe ningún arriendo; y de la segunda causal, que no refuta aquel la existencia de una relación extramatrimonial que fue la causa de su separación.

Adelantada la audiencia inicial, se declaró fracasada la conciliación, se oyó en interrogatorio a las partes, se fijó el litigio, se declaró saneado el proceso y se decretaron pruebas, en la audiencia de instrucción y fallo se culminó el recaudo probatorio, se corrió traslado para alegar y se emitió el fallo que puso fin a la instancia.

3. La sentencia apelada.

¹ Fl. 78 C. 1

² Fl. 95 a 106 C. 1

La Jueza accedió a las pretensiones decretó el divorcio, la disolución de la sociedad conyugal y su estado de liquidación, negó las excepciones de mérito propuestas y condenó al demandado como cónyuge culpable a pagar la suma de \$600.000.00, mensuales por concepto de cuota de alimentos a favor de la demandante y le condenó en costas.

Encontró de los interrogatorios a las partes, los testimonios de Alcira García Ávila, Luz Yaneth Riveros, Eloísa Sánchez Zarta, Edwin Jair Rodríguez Jara, las fotografías en los perfiles de WhatsApp y Facebook del demandado, los mensajes de esas redes sociales y la respuesta dada por la empresa de telefonía Movistar acreditada la causal 1° de *“relaciones sexuales extramatrimoniales”*, en tanto, *“los testigos personas cercanas a ellos, a excepción de la testigo Myriam Pinzón Ovalle, han sido unánimes, concordantes y coherentes e imparciales, dada su cercanía y sentimientos de afectos con los extremos procesales, al sostener que conocieron de la relación extramatrimonial por las conductas asumidas por el cónyuge, quien procedió a subir a su perfil y en el Facebook fotografías con su nueva pareja que evidentemente se observa que no es la señora Clara Eduvina Jara Mora. No obstante que el cónyuge negara que el número de celular, mediante el cual se subieron al WhatsApp fuera de su propiedad.”*, pues ciertamente la empresa de telefonía Movistar certificó que la línea 3158405167 correspondía al demandado, los testigos dieron fe de que en el perfil de Facebook se apreciaron dichas fotografías, *“pues dada su relación de amistad o de parentesco, tenían acceso a dicha red social”*.

Frente a los otros testigos encontró que María Amilbia Londoño conocía a la pareja hacía 10 años por su expareja, aseguró que la actora dependía económicamente del demandado, y desconocer la razón de su separación. Mientras Myriam adujo que conoció a la pareja por una amiga en común que decidió alejarse porque la demandante era muy celosa; que cuando la señora Jara iba a la oficina quien sustanciaba era el demandado y ella solo llevaba tinto. Este último testimonio, lo encontró carente de imparcialidad *“toda vez que no solo este es totalmente divergente con el dicho de los otros testigos, [...] Fue muy clara en afirmar que tiene un sentimiento de enemistad con la demandante”*.

La testigo Magda Yolima Sánchez, tachada por la actora por ser hija del demandado, narró que en diciembre de 2018 su padre le comentó *“que la relación con Clara se estaba acabando”*, asegura que no es cierto que su padre tuviera una relación extramatrimonial que *“él se quedaba en mi casa o en la casa de mi hermana”*, afirma que su padre le da una cuota de \$600.000 mensual a su madre, expareja del demandado y que sostenía a la demandante.

Mery Palacios, madre de los hijos del demandado, relata que vive *“con mi hija, su hijo y Carlos [el demandado]”*, que ella no alcanzó a pensionarse y su expareja le paga una cuota de \$600.000.00, pesos mensuales, desconoce de relaciones amorosas del señor Sánchez y afirma que *“mi hogar se dañó por culpa de Clara”*.

Para el a-quo una valoración integral de la prueba permite dar por probadas las relaciones sexuales extramatrimoniales, varios de los testigos fueron unánimes, concordante y coherentes al sostener que conocieron de dicha relación extramatrimonial por las conductas asumidas por el cónyuge, quien subió a su foto de perfil y a Facebook fotografías con su nueva pareja, número de WhatsApp que era de su propiedad como constató la empresa de telefonía Movistar.

Y frente a la causal segunda de *“incumplimiento de deberes”* y solidaridad con su esposa, encontró unánimes las versiones de los declarantes que dieron cuenta que *“no solamente compartían sus espacios como pareja, sino que trabajaban juntos en la oficina de abogados, la cónyuge en su condición de dependiente judicial y de conductora, sin percibir salario y el cónyuge era quien litigaba ante los estrados judiciales, constituyendo una relación de apoyo y socorro mutuo”*, incluso la esposa habría socorrido a su pareja cuando estuvo delicado de salud, hecho aceptado por el demandado.

Que la demandante para el año 2011, laboraba en la rama judicial y dejó su carrera por acompañar a su esposo en su ejercicio profesional como litigante una vez este último se retiró de la misma entidad por haber adquirido el derecho a la pensión de jubilación.

También acreditaban los medios probatorios que una vez el cónyuge dejó el hogar *“abandonó a su suerte a su esposa, hasta el punto de que tuvo que acudir a prestamos de una de sus colegas para su sostenimiento y los gastos de la finca que es parte de la sociedad conyugal”*.

Conclusión que dijo permitía declarar impróspera la excepción de *“Ausencia de los requisitos de los numerales 1º y 2º del artículo 154 del Código Civil”*. Igual suerte corrieron las excepciones de *“falta de legitimación en la causa de la demandante para reclamar en mi contra y en su favor cuota alimentaria por ausencia de culpabilidad del suscrito en la ruptura del hecho del vínculo del matrimonio civil”*; *“falta de capacidad económica del suscrito para prestar alimentos a la demandante”*; *“ausencia de necesidad de la demandante para reclamar la cuota alimentaria que invoca en la demanda”*.

Frente al deber de suministrar alimentos a la cónyuge, consideró que se cumplía con el requisito de tener un vínculo jurídico, que como se encontró al demandado cónyuge culpable precedente era ordenar su reconocimiento, pues se acreditaba la necesidad de la demandante desempleada y padeciendo graves problemas de salud, según la copia de la Historia Clínica, y la capacidad económica del demandante, *“se constató que actualmente le suministra cuota de alimentos por el valor de seiscientos mil pesos (\$600.000)”* a su ex pareja Luz Mery Palacios, por ello en razón al principio de igualdad y solidaridad, decidió denegar las excepciones 1, 2 y 3 y conceder a favor de la demandante una cuota de alimentos por valor igual.

4. La apelación.

El demandado recurre pidiendo revocar el fallo o en subsidio que se reduzca la cuota alimentaria a una suma no superior a \$200.000.00., alega que se incurrió en una *“valoración defectuosa”* del material probatorio, al concluir que él desconoció el número de celular 3158405167, *“porque el suscrito al momento de absolver el interrogatorio de parte que reposa en el expediente jamás procedí de esa manera, pues lo que allí señaló es que no recordaba si esa línea celular estaba a mi nombre o no [...], era un dato que por el transcurrir del tiempo me era imposible evocar en mi memoria en ese instante procesal, y de otro, porque dicha línea fue quedando en el olvido hace ya mucho tiempo”*.

Que la Corte Constitucional en sentencia T-043 de 2020 al hacer un análisis sobre los elementos probatorios extraídos de plataformas o aplicativos virtuales dice que *“la captura de pantalla es una mera representación digital o impresa de lo que debería ser visible en el celular o cualquier otro dispositivo de salida visual a través de un software; que, en todo caso, pueden ser manipuladas fácilmente mediante un programa de edición”* asegura que las capturas de pantalla son sólo un indicio y afirma que las imágenes son modificadas y no se tiene certeza de la identidad de estas personas y que no se logró acreditar si el WhatsApp era efectivamente el de la señora Montaña.

Que no se consideró los testimonios de María Amilba Londoño López, Myriam Pinzón Ovalle, Mery Palacios Gómez y Magda Yolima Sánchez Palacios quienes afirmaron que desde los primeros días del mes de enero de 2019 fijó su residencia en la Calle 68f #23-91 donde habitan su hija y su ex pareja y se atendió el decir de Luz Yaneth Riveros, Edwin Jair Rodríguez Jara y Alcira Ávila testigos de oídas, que el dicho de la última, se encasilla en un falso testimonio, pues *“quien se ocupaba de estas actividades profesionales de manera exclusiva era el suscrito por el grado de experiencia”*, y las afirmaciones de Eloísa Sánchez Zarta y Edwin Jair Rodríguez, referentes a las fotos vistas en las redes sociales, se deben considerar solo como un indicio.

Que tampoco se atendió el testimonio de María Amilba Londoño López quien aseguró haberlo visto a él viviendo en el inmueble con su hija Magda Sánchez y su expareja Mery Palacios; ni se apreció en debida forma el testimonio de Myriam Pinzón Ovalle, pues contrario a lo argumentado por la jueza, esta declarante *“en ningún momento se presentó como enemiga de la demandante sino DOLIDA, al ser acusada injustamente movida por extremados celos, acepciones que, según el diccionario de la real academia de la lengua castellana, distan para calificar a la testigo de enemiga”*

Que de haberse valorado las pruebas en su conjunto, se habría llegado a concluir que las causales de divorcio no se encontraban probadas y, respecto de los alimentos, acusa de que se *“incurrió en defectos procedimentales o fácticos; lo primero, por invertir la carga de la prueba en mi contra y acoger el simple dicho de mi adversaria para imponer la contribución en comento, sin valorar la imposibilidad*

financiera del suscrito de cubrir su manutención”, pues de la prueba documental se establece que carece de capacidad económica para asumir la cuota, no se atendió a los extractos y consulta emitidas por el banco AV Villas y los testimonios de Mery Palacios, Magda Sánchez y Myriam Pinzón, que dan cuenta su crédito personal con saldo de \$83.209.623, que viene cancelando en cuotas mensuales de \$1.335.000, como consta en los recibos de pago allegados.

Que su único ingreso es la mesada pensional de \$3.341.158, y sus pagos o deducibles corresponden a \$401.000 por salud; \$1.335.000 por la cuota mensual del crédito a AV Villas, embargo del juzgado por valor de \$882.047, arrendamiento y servicios públicos por \$700.000, y gastos de alimentación y vestido \$700.000, para un total de \$4.018.000, cifra superior a sus ingresos; que en la sentencia C-017 de 2019 se establece como requisitos para fijar alimentos la necesidad del alimentado y en la sentencia de tutela No. 678 de 2017 que revocó un embargo sobre el 50% de la pensión dado que *“el remanente que recibía el demandado era de \$375.719”*.

Asegura que demostró no tener ingresos suficientes y que la demandante tiene bienes propios, *“que desde hace más de dos años está explotando la finca cafetera y platanera donde vive holgadamente”*, que la afirmación de la juez de que *“quedó plenamente demostrado que una vez el cónyuge abandonó el hogar a su suerte a su esposa, a tal suerte que tuvo que acudir a préstamos de una de sus colegas para su sostenimiento y los gastos de la finca que es parte de la sociedad conyugal razón que llevan a dar por demostrado la causal 2”* desconoce su interrogatorio y el testimonio de Alcira García Ávila quien afirmó haberle entregado dineros a la demandante que él cancelaba *“a Clara le facilité sumas de dinero como de \$400.000, que el doctor Carlos me los cancelaba, dichos préstamos fueron como hasta enero del año 2020”*.

4.2. Descorriendo el traslado la demandante aboga por la confirmación de la decisión recurrida porque *“se encuentra conforme a derecho, siendo el resultado del estudio juicioso de los elementos materiales de prueba arrimados al expediente y que la dieron la certeza y veracidad al Juez para negar las excepciones de mérito”*, pues la relación extramatrimonial se prueba con las fotografías donde aparece el demandado con una mujer diferente a su cónyuge, que se estableció que era el cónyuge culpable del rompimiento del matrimonio.

Además, incurrió en un grave e injustificado incumplimiento de sus obligaciones, por una infidelidad moral, demostrada a través de los testimonios, según los cuales en las redes sociales subió fotografías con otra mujer, aunado a que se logró demostrar la capacidad económica del demandado para pagar una cuota de alimentos.

CONSIDERACIONES

1. El origen de la familia, que recibe por primera vez protección constitucional en el artículo 42 de nuestra Carta Política, puede ser o bien un vínculo matrimonial, ya sea civil o religioso, o bien la libre y voluntaria decisión de una pareja de conformarla.

Cuando se acude al matrimonio, por mandato de la misma norma constitucional, su forma, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, la separación y la disolución de este se rigen por la ley civil; los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos de la ley civil, y estos efectos civiles, respecto de todo vínculo matrimonial, cesarán por divorcio con arreglo a la propia ley civil.

De donde se deriva que sin acuerdo de voluntades no habrá matrimonio, la solemnidad es entendida como el sometimiento y observancia de los trámites fijados por el legislador para la emisión y recepción de dicha expresión de voluntad y cumplidas aquellas, el hombre y la mujer unidos por dicho vínculo se obligan a conformar una comunidad de vida doméstica, es decir, a vivir bajo un mismo techo, al socorro y ayuda mutua y guardarse fidelidad; obligaciones que no puede ser objeto de exclusión en su regulación o retardo en su vigencia, por voluntad de los cónyuges, como lo permite la ley en otro tipo de contratos, dado el carácter de orden público que tiene la normatividad que las consagra.

El matrimonio civil como institución jurídica de origen contractual, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio eclesiástico, es susceptible de disolución, además de la muerte real o presunta de uno de sus miembros, por divorcio decretado conforme a la ley civil.

El mutuo acuerdo de los cónyuges puede ser expresado hoy ante el notario, mecanismo reestablecido por la ley 962 del 2005, o bien, a través de demanda interpuesta por uno de los cónyuges frente al otro, por una cualquiera de las demás causales que con tal propósito establece el artículo 154 del Código Civil, en redacción de la ley 25 de 1992.

Las causales o motivos previstos por la ley para terminar con el matrimonio, la doctrina las clasifica como sancionatorias que originan el divorcio sanción y remediales que originan el divorcio remedio.

Las primeras parten del supuesto de la culpabilidad de uno de los cónyuges en la comisión de la conducta que es una falta a sus deberes que el legislador le otorga la entidad de causal de divorcio; frente a las que solo se concede legitimación en causa para su alegación al cónyuge que por no haber dado lugar a la misma resulta inocente frente al hecho que genera la violación de la prohibición; son estas las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 7ª del artículo 154 del Código Civil.

Mientras que las segundas que originan el divorcio remedio, que se orienta a encontrar una solución a una relación familiar en que ya no existe o se hace ya imposible la vida en común de los cónyuges, en beneficio de éstos y de la propia descendencia, o la existencia de una enfermedad o anormalidad grave e incurable de un cónyuge que pone en peligro la salud mental o física del otro. Causales 6ª, 8ª y 9ª ídem.

2. La solución de alzada.

Las causales invocadas por la demandante fueron las previstas en los numerales 1º “*Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges*” y 2º “*El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres*” del artículo 154 del Código Civil, que la jueza encontró probadas y por ello, decretó el divorcio y condenó al cónyuge culpable a pagar alimentos a quien los solicitaba.

Como el reparo del recurrente se centra en la valoración probatoria efectuada por el a-quo, para resolver el recurso, la Sala se detendrá en el análisis de la prueba recaudada, para deducir los hechos que alegados por las partes resultan probados y determinar, con base en la verdad procesal que de ellos se extraiga, si se estructuran o no las causales de divorcio invocadas y si hay lugar o no a imponer una cuota alimentaria.

2.1. En lo que corresponde con “*las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges*”, frente a la que se tiene sentado la jurisprudencia que “*La primera de las causales de divorcio de las enumeradas en el artículo 154 del C.C.-que como es bien sabido también son las que autorizan la demanda contenciosa de separación al tenor del Art. 165 ibidem (Arts. 4 y 15 de la ley 1ª de 1976)- alude a las relaciones sexuales extramatrimoniales de modo tal que, de conformidad con dicha disposición, desde el momento en que cualquiera de los cónyuges tiene relaciones íntimas con otro, aunque sean meramente circunstanciales, viola el deber de fidelidad que es de la esencia del matrimonio y, por ese solo hecho, se justifica el ejercicio de la acción correspondiente.*”³

La demandante en el libelo le atribuye a su cónyuge demandado, haber tenido infidelidades con por lo menos tres personas Ana Luisa Mendoza, Alba Patricia Mora y Sandra Patricia Montaña y que fue por la relación con esta última que se generó el rompimiento de su relación matrimonial, por el abandono de su esposa para irse a vivir con aquella.

Pero el demandado niega la existencia de esas relaciones sexuales extramatrimoniales y que esté conviviendo con Sandra Patricia Montaña, aduce que vive con su hija, su familia y su antigua esposa.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 347 de octubre 20 de 1989. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández.

2.1.1. Para la Sala, contrario a lo concluido por la jueza, no se logró probar la existencia de los hechos configurativos de esta causal, pues no comparte la corporación la deducción que la a quo hace de su ocurrencia por la manifestación de algunos de los testigos de haber observado el perfil y las fotos del demandado con otra mujer en su cuenta de WhatsApp, muestras que en copia se aportaron con la demanda, o por haber recibido aquellos de la cónyuge demandante relatos de que fue la infidelidad de su esposo la causa de su separación.

Pues, en últimas, los hechos que pudieran darse por probados en el punto, tienen que ver más con un incumplimiento del cónyuge demandado del deber de los esposos de guardarse fé que con la existencia de una relación sexual extramatrimonial.

2.1.2. En efecto, es la fidelidad de trascendental importancia para el matrimonio si se tiene que *“La fidelidad, es considerada uno de los pilares fundamentales sobre los que se edifica y consolida la estructura del matrimonio, como forma de constitución de la institución familiar, en cuanto busca preservar el vínculo de mutua consideración, aprecio y confianza indispensable en la vida matrimonial. Por eso, el quebrantamiento del deber jurídico de fidelidad conyugal en el matrimonio es incompatible con el consentimiento que legitima dicho vínculo”*⁴

Y la demandante soporta la existencia de las alegadas relaciones sexuales de su cónyuge con Sandra Patricia Montaña, en el haber encontrado en su teléfono celular conversaciones en la aplicación WhatsApp sostenidas con aquella mujer, fotografías y su identificación de perfil con ella abrazándola, las que fueron observadas por varias personas cercanas, a más de que este le confesó que estaba enamorado de esa mujer; aporta con la demanda una impresión de aquellas muestras fotografías y copia de las capturas de pantalla de unos chats de WhatsApp que afirma sostuvo su esposo con su amante.

Fotografías que el demandado afirma *“no son reales, pueden ser superpuestas. En este momento existen, los sistemas actuales de sistematización permiten imponer condiciones exageradas que no corresponden la realidad, no reconozco esa figura.”*, que están ellas editadas.

Como lo alega el demandado la Corte Constitucional en sentencia T-043 del 10 de febrero de 2020 señaló que las capturas de pantalla pueden ser alteradas y que las fotografías pueden ser modificadas a través de aplicaciones especializadas en esos asuntos, razón por la cual son pruebas indiciarias; lo que no significa que carezcan de valor probatorio, sino que deben ser analizadas en conjunto con los demás elementos de prueba.

En lo que refiere a las capturas de pantalla de conversaciones escritas en WhatsApp, salvo que se tenga certeza de las personas que sostienen el diálogo en la aplicación, porque de alguna forma se acredita que los números que corresponden a los interlocutores a los que se les atribuyen y que en efecto fueron ellos los autores de los mensajes intercambiados, no podrían tomarse como una verdadera conversación ni ser tenidas como prueba de su ocurrencia.

En el caso, aunque la empresa Movistar certificó que la línea de donde se originaron y recibieron una parte de los mensajes del chat era del demandado, el cónyuge no aceptó su participación en esas conversaciones y nada se estableció respecto de la otra línea telefónica con la que se sostenía el diálogo.

Y aunque varios testigos que por su amistad y cercanía con el demandado lo tienen como contacto en la aplicación y que pueden por ello observar la foto de perfil o del estado con que aquél alimenta su sitio, afirmaron haber visto dichas imágenes en el WhatsApp de Carlos Sánchez en el abonado telefónico que se acreditó corresponde al demandado, Alcira García Ávila abogada amiga cercana de la pareja, quien visitaba con regularidad y compartía con su esposo en pareja con los cónyuges en disputa, dijo que *“en el perfil de WhatsApp si lo ví con la persona que me había manifestado, en algunas fotos”*, *“Yo vi alguna foto en febrero-marzo 2019”* y añade *“En su momento yo mire su número de WhatsApp y estaba una foto de usted con otra persona que no era la doctora Clarita”*

⁴ C-821 de 2005

Eloísa Sánchez sostuvo que: “Pues vi un estado, perdón, vi en el perfil del whats.App de él, lo vi en una fotografía con una muchacha, él subió varias fotografías, en una de hecho, recuerdo que estaba como en las Minas de Sal de Zipaquirá, vi esas fotos en el perfil y de hecho, Clarita en alguna oportunidad cuando subió a Fusa, me comentó que se había separado del doctor que pues, al parecer él había conseguido otra persona”, también menciona que “tuve conocimiento de dicho acontecimiento para el mes de Marzo, porque fue cuando yo observe en el perfil del Whats.App la foto del doctor con otra persona”.

Edwin Jair Rodríguez Jara señaló: “Yo me di cuenta en una foto que él tenía, puso en su perfil de Whats.App y lo vi abrazando otra mujer y pues yo dije ¿Que paso aca?”.

Puede darse entonces por acreditado, porque lo que afirman al unísono los reseñados testigos, que para marzo de 2019 el demandado montó en su perfil de WhatsApp una foto abrazando a una mujer que no era su esposa.

Pero también resulta necesario el concluir que ni de esa foto del perfil de WhatsApp -ni aun considerándose las restantes fotografías- puede concluirse que está probada la existencia de relaciones sexuales entre el demandado y la persona que allí lo acompaña, que no es su esposa; es decir, no puede desconocerse que es ese un acto de afrenta a la fidelidad que el demandado debe a su cónyuge, pues quien expone de esa forma su imagen envía un mensaje inconfundible de tener con la persona que en el perfil le acompaña una relación afectiva, violando el deber de fidelidad, que no solo se refiere a no tener relaciones sexuales, sino también al respecto y protección de intereses familiares y la dignidad de su cónyuge.

Sin embargo, ese acto que constituye en un incumplimiento al deber de esposo de “guardarse fe”, y que podría haberse enfilado como motivo tipificador de la causal segunda de divorcio por el incumplimiento de los deberes de esposo, no constituye prueba de la configuración de la causal primera de divorcio.

Pues de vieja data tiene sentado la jurisprudencia que en tratándose de esta causal “el objeto fundamental de la prueba ha de centrarse en el hecho concreto de la unión carnal; es decir, dada la enorme significación que el adulterio tiene para la comunidad de vida matrimonial, los juzgadores no pueden tenerlo por establecido sin antes contar con evidencia inequívoca que haga nacer la certeza de su real existencia”⁵

Y aunque es claro que difícilmente puede obtenerse una prueba directa de los hechos que la constituyen, no hay en el caso pruebas de circunstancias que sumadas se conviertan en indicios de donde deducir su ocurrencia; es decir, no se probó que el demandado conviva con la persona que señala la demandada, que haya sido visto con aquella persona compartiendo en sitios de diversión o de paseo, o dándose un trato del que pudiera derivarse la existencia de una relación de pareja, en fin, de una cadena de indicios de los cuales presumir que tiene esa pareja extramatrimonial y, con ello, que sostiene relaciones sexuales.

2.2. La segunda causal invocada es “El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”, obligaciones que se encuentran en los artículos 176 y 178 íbidem, y son el guardarse fe, socorrerse, ayudarse mutuamente y cohabitar (que implica el vivir juntos y el débito conyugal).

La demandante expuso en su demanda que dados los actos de infidelidad de su demandado, desde mediados del mes de noviembre de 2018, inicialmente y alegando cuestiones de trabajo comenzó a ausentarse del hogar, salía de nuestra casa de habitación ubicada en el municipio de San Bernardo, Vereda San Francisco, Finca El Gualanday y regresaba dos o tres días después, que al reclamarle por su ausencia decía estar con su familia y que la actora se enteró el 20 de enero de 2019 que los alejamientos se debían a la relación extramatrimonial que sostenía el demandado con Sandra Patricia Montaña y al confrontarlo aquel aceptó estar “muy enamorado” y decidió irse definitivamente del hogar radicándose desde el 1º de febrero de 2019 con aquella en Bogotá, retirando el 7 de septiembre de 2019 todas sus pertenencias y objetos personales de la finca.

⁵ Ídem cita 3.

Ahora bien, desde la contestación de la demanda y el interrogatorio que el demandado rindió, éste acepta que dejó de convivir con su esposa en la finca que era el lugar de su residencia, con ello, que él al no obtener previamente una autorización de residencia separada incumplió su deber de cohabitar y es ello causa suficiente para que se le declare el divorcio y se le señale cónyuge culpable por la causal de incumplimiento de sus deberes conyugales, pues como norma el artículo 178 del C.C. “Salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro.”

Pues, en efecto, aunque si bien en la contestación de la demanda el cónyuge aduce motivos que tenderían a explicar su separación de su esposa, pues aceptando su dejación del hogar afirma que “es digno de aclarar que mi salida del inmueble se concretó a partir del 19 de diciembre de 2018, cuando me fue imposible seguir tolerando la asfixia que provocaba la falta de dialogo, los celos, las discusiones constantes, el abandono, la soledad y la total abstención de relaciones sexuales que se prolongaban por meses enteros, que conllevó la falta de afecto..”. Y en la declaración de parte aduce que “... A ver mi salida de la finca Gualanday como lo planteó en las excepciones de mérito tuvo ocurrencia a principios, a finales del mes de diciembre y posteriormente volví, pero ya única y exclusivamente para sacar parte de la ropa que yo tenía allá, es lo único que puedo manifestar.” Y agrega que el día primero de febrero de 2019 “Fui a sacar una ropa que era mía para evitarse contratiempos con esta señora para que tuviera ninguna clase de discusión, pero mi salida de la finca ocurrió y se generó a finales o mediados del mes de diciembre del 2018 por los inconvenientes que tuve con ella.”

Pero lo cierto es que en el trámite del proceso no se aportó prueba alguna de donde acreditar la existencia de una causa que pueda considerar que justifica la decisión del cónyuge demandado de dejar el hogar conyugal y, con ello, el incumplimiento de sus deberes conyugales, sus dichos quedaron en eso, ninguna prueba de las recibidas, ni documentales ni testimoniales, permite dar por establecido que la dejación de hogar conyugal se debiese a “*falta de diálogo, los celos, las discusiones constantes, el abandono, la soledad y la total abstención de relaciones sexuales que se prolongaban por meses*” atribuibles a la cónyuge demandante.

Por lo que, siendo las normas del derecho de familia y concretamente del derecho matrimonial de orden público e imperativo cumplimiento, sus efectos no pueden ser modificados por sus destinatarios y, con ello, los cónyuges que al unirse deciden someterse a la regulación legal del vínculo matrimonial tienen la obligación de cohabitar o vivir bajo el mismo techo y esta se mantiene hasta que se obtenga una autorización de residencia separada o se decrete la separación de cuerpos o el divorcio; y el miembro de la pareja que cesa su convivencia sin haber previamente obtenido la autorización, o sin acreditar una justa causa para abandonarlo, incumple el deber de cohabitar que prometió observar al casarse e incurre en la causal de divorcio del numeral 2º del artículo 154 del C.C..

2.2.3. Las conclusiones hasta acá expuestas, que dan procedencia al divorcio con la declaratoria de estar probada de la causal segunda demandada, no se desvirtúan con la excepción de mérito que el demandado formuló, que denominó; “*Ausencia de los requisitos de los numerales primero y segundo del artículo 154 del Código Civil*”, soportada en su alegación de que no se aportó prueba que permita sustentar las causales de divorcio.

Pues como se dejó sentado, si bien se desechó la configuración de la causal 1ª de divorcio, también se encontró que se aportaron medios de prueba que permiten crear la convicción de que los hechos alegados y probados si estructuran la causal segunda de divorcio invocada, partiendo de la propia aceptación del demandado de haber abandonado el hogar conyugal, sin acreditar causa que justifique tal proceder, ni haber obtenido autorización judicial para hacerlo.

2.3. Respecto del último reparo del demandado, la regulación de alimentos efectuada a cargo suyo y en favor de la cónyuge demandante, válido es recordar que para que haya lugar a fijar los alimentos se deben cumplir tres requisitos: (i) La necesidad del alimentado, (ii) la capacidad del alimentando y (iii) el vínculo filial o jurídico.

Por lo que, prosperando una causal sanción o subjetiva de divorcio queda vigente sólo para el cónyuge inocente la posibilidad de reclamarle alimentos al cónyuge culpable, no obstante el

rompimiento del vínculo matrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 numeral 4° del código civil en redacción del artículo 23 de la ley 1ª de 1976, según el cual: “*Se deben alimentos:4°. A cargo del cónyuge culpable al divorciado o separado de cuerpos sin su culpa*”

Pues disuelto el matrimonio desaparecen las obligaciones entre los cónyuges, entre ellas la de suministrarse alimentos que el numeral 1° del mismo artículo 411 del C.C. les imponía, al señalar como primer orden en el deber de dar alimentos “*Al cónyuge*”, mientras tenga tal condición.

2.3.1. Es deber del juez al sentenciar estos procesos regular la obligación alimentaria entre quienes fueron cónyuges, al cónyuge culpable en beneficio del inocente en la configuración de la causal subjetiva declarada, así estaba dispuesto en el artículo 423 numeral 5° del C.P.C., y con la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989, se consagró en el artículo 444 en su numeral 4° literal d) del mismo código.

Regulación que se mantiene en el artículo 389 numeral 3° C.G.P. que reitera que el juez en la sentencia que “*decrete la nulidad del matrimonio civil, el divorcio, la cesación de efectos civiles del matrimonio católico dispondrá...3° El monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro, si fuere el caso*”. (Subrayas agregadas)

Y el alcance de la frase “*si fuere el caso*” de la norma en cita, que ha sido similar en las anteriores regulaciones procesales, la interpretación de la naturaleza de la obligación y los requisitos que deben existir para que se disponga allí su tasación, lo tiene señalado de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, así:

“4. Finalmente, otro terreno en el que tiene notable trascendencia la separación judicial es el de la prestación recíproca de recursos económicos entre los esposos, habida cuenta de que si mientras conserva actualidad la comunidad de vida matrimonial cada uno de los cónyuges está obligado a “...subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades...” según reza el segundo inciso del artículo 179 del Código Civil (texto del artículo 12 del decreto 2820 de 1974), no ocurre lo mismo a partir de la promoción del respectivo proceso y tampoco cuando se produzca el pronunciamiento judicial demandado; ante estas situaciones, los recursos que reclame la mujer al marido, o viceversa, estarán determinados por la carencia de medios propios suficientes en quien los pide, ello porque ya no se trata de la manutención del hogar común – noción esta que no puede entenderse más que sobre la base de un estado de convivencia unitaria- sino del socorro al cónyuge necesitado. Dicho en otros términos, los casos en que de conformidad con el literal d) del numeral 5° del artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, compete al órgano jurisdiccional fijar prestaciones económicas a cargo de uno de los cónyuges y a favor del otro, no pueden darse sino cuando, además de otras condiciones, el último carezca de los indispensable para satisfacer sus necesidades; rige, pues, con todos sus alcances el mismo requisito fundamental que, desde el punto de vista del acreedor alimentario, en el derecho común determina la viabilidad de toda pretensión alimenticia al tenor del artículo 420 del Código Civil, norma esta por cuya virtud es preciso que la demanda de pensión en concepto de alimentos se apoye siempre en un motivo legítimo, la necesidad del requirente, que debe aparecer cumplidamente justificada en los autos”⁶

2.3.2. Ahora bien, en el punto, el recurso de apelación interpuesto encuentra discrepancia en la conclusión del a-quo de encontrar acreditados los requisitos necesarios para la regulación alimentaria efectuada y el monto de la cuota señalada, pues desde las excepciones de mérito se descarta la presencia de los elementos que se señalaron necesarios para regular la obligación alimenticia entre los excónyuges.

La actora pidió en la demanda que se fijara una cuota alimentaria a cargo de su demandado esposo como cónyuge culpable y la jueza que sentenció el divorcio, al dar por acreditadas las causales 1 y 2, estimó probados los elementos de la obligación alimentaria.

Decisión frente a la cual, aunque la Sala encontró configurada sólo la causal segunda, el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres, se estima necesario mantenerla, por los siguientes argumentos.

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil sentencia 451 del 9 de noviembre de 1988 M.P. José Alejandro Bonivento Fernández. G.J. 2431, pág. 255 Y 256.

2.3.2.1. Porque se configura el supuesto fáctico del numeral 4 del artículo 411 del Código Civil y con ello que el vínculo que permite efectuar la regulación está probado, la reclama el cónyuge inocente al cónyuge culpable de la causal que conllevó el decreto de divorcio.

2.3.2.2. La necesidad de la regulación alimentaria está también establecida, la demandante en su interrogatorio relató que cuando dejó de contar con la ayuda de su esposo, esto es, después que él abandonó el hogar para el mes de febrero de 2019, debía acudir a sus amigas por préstamos de dinero para su subsistencia *“tenía que recurrir a la doctora Alcira García que era la que me hacía el favor ella me prestó en tres oportunidades más o menos, 400 mil pesos, él se los devolvía así”*, testigo colega y amiga de la pareja que en su versión anotó: *“la Dra. Clara, ella me llamaba, estaba en una situación crítica por que no tenía dinero, entonces le facilite sumas de dinero que el Dr. Carlos me cancelo en su oportunidad. (...). A veces le prestaba 300.000-400.000, pero más que todo fueron sumas de 400.000. (...) el Dr. en alguna oportunidad me las canceló directamente o me hacía consignación a mi cuenta de ahorros”*.

Situación que el propio demandado viene a corroborar al señalar en su interrogatorio que *“después de haberme salido de allá le seguí suministrando una cuota alimentaria por valor de 400 o 500 mil pesos”*, aporte que también se determina tuvo una larga duración hasta que el obligado lo consintió, pues la misma testigo Alcira García precisó que *“fue hasta enero del 2020 y expresamente por petición del Dr. Carlos que me llamó y me dijo que quedaba rotundamente prohibido que siguiera suministrando préstamos a la Dra. Clara en razón que no iba a continuar haciendo esos pagos”*, cuando ya se había presentado y admitido la demanda y decretado el embargo del 30% de la pensión del demandado como cuota alimentaria para su cónyuge.

Es decir, acreditado resulta que la demandante dependía de su esposo, que al verse sin su apoyo cuando éste abandonó el hogar, hubo de recurrir a sus colegas y amigas quienes le prestaban dinero que él, consciente de la situación de su cónyuge, asumió su pago hasta enero de 2020 cuando se le embargó su mesada pensional con ese mismo propósito de atender las necesidades alimenticias de su cónyuge.

2.2.3.3. Aunque el demandado afirme que no tiene capacidad económica ni su cónyuge necesidad para reclamarle alimentos, obran en el expediente pruebas que acreditan la propiedad en cabeza del demandado de varios inmuebles como los identificados con folios 172-21596⁷ y 157-31810⁸, que habrán de ser objeto de una liquidación de sociedad conyugal; pero lo cierto es que el hecho de la separación de la pareja evidenció que, tal y como el demandado lo afirma al contestar la demanda, era él quien exclusivamente cubría todos los gastos del hogar y su cónyuge, que su trabajo de abogado litigante le permitió darse viajes con su esposa en el país y en el exterior, y los testigos oídos señalan que era el esposo quien laboraba en el litigio que su cónyuge abogada no litigaba, pero colaboraba con los quehaceres de su esposo y conducía mayormente el vehículo automotor.

Que el demandado en adición recibe una pensión que fue la cautelada en el proceso y que en las cuentas que este presenta para pedir que se rebaje la cuota alimentaria la señala como único ingreso, cuando lo cierto es que en la misma contestación de la demanda admite que su labor de litigante le genera ingresos y alude a los procesos que la demandante relacionó que están en curso y en los que se pactó un porcentaje o cuota litis como honorarios.

La regulación alimentaria se requiere entonces porque la cónyuge demandante necesita de la ayuda de su esposo, pues era él quien cubría sus necesidades básicas junto con las del hogar que compartían, que ella no trabajaba y si bien acepta que posee un inmueble bien propio, también explica que nada renta del mismo pues lo ocupa su hijo, a lo que debe sumarse que tiene la demandante 57 años, con perfil de profesional en actividad liberal que carece de empleo, sufre de enfermedad poliartralgia, dolor en codos, rodillas y manos, asociado a deformación en falanges de las manos, síndrome de manguito rotador del brazo derecho y ha presentado problemas de trastorno en la afectividad o Distimia que viene siendo tratada como

⁷ Fl. 35 a 37 C. 1

⁸ Fl. 31 a 34 C. 1

lo acredita la historia clínica⁹, no cotiza para pensión ni lo hizo por el tiempo necesario para acceder a esa prestación cuando laboró.

Ahora el monto de la cuota alimentaria señalada en \$600.000.00 pesos mensuales no se muestra desproporcionada, si se observa que el demandado tiene como ingreso pensional mensual la suma de \$3'341.158.00 pesos, pues aunque en sus cuentas sus deudas sobre pasan sus ingresos lo cierto es que no considera en ello su labor de abogado litigante a la que se dedica y la que, como atrás se señalara, le proporciona ingresos considerables que le ha permitido tener una vida con holgura y brindar a su esposa una vida en situación similar en los años de convivencia, según el mismo lo afirma al contestar la demanda.

Al igual que se deriva del hecho de haber asumido obligaciones similares con su anterior esposa y que ese mismo monto se lo entrega ahora a la hija con la que vive, y su excónyuge Mary Palacios a quien el demandado reconoce venir dándole una cuota de alimentos desde mucho antes de contraer matrimonio con la acá actora, y así se deduce tanto del testimonio de la alimentaria como el de su hija Magda, quien aseveró que la señora Palacios “*siempre ha dependido de mi papá económicamente*”, y que adicionalmente “*algunos me pagaron pensiones, pero eran muy pocas las semanas. (...) No alcance al bono pensional*”.

Situación que la jueza de primera instancia consideró ameritaba un señalamiento de una cuota alimentaria similar a la de su anterior consorte y que la Sala avala, al encontrar que las pruebas allegadas analizadas de manera individual y en su conjunto así lo permiten ordenar, pues no se encuentra aceptable el reparo del demandado de que no se probó su capacidad económica, pues como se dejó expuesto, son los propios antecedentes de sus conflictos de pareja y de sus manifestaciones y la prueba documental obrante en el expediente las que permitieron a la Sala llegar a las conclusiones expuestas.

Por lo anterior se modificará la sentencia recurrida, manteniendo la declaratoria del divorcio demandada, solo por la causal segunda, declarando no probada la causal primera y confirmando la regulación alimentaria en favor del cónyuge inocente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala de decisión Civil- Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º. MODIFICAR la sentencia proferida por el juzgado de familia de Fusagasugá el 6 de agosto de 2021, que quedará así:

Primero: Declarar no probada la causal de divorcio del contenida en el numeral 1º del artículo 154 del C.C., consistente en relaciones sexuales extramatrimoniales que se atribuían al cónyuge demandado Carlos Edmundo Sánchez Gómez.

Segundo: Declarar probada la causal de divorcio consagrada en el numeral 2º del artículo 154 del C.C. el incumplimiento de los deberes de esposo del demandado y cónyuge culpable Carlos Edmundo Sánchez Gómez, respecto de su cónyuge Clara Eduvina Jara Mora, por haber abandonado el hogar conyugal.

Tercero: DECRETAR el DIVORCIO del matrimonio civil contraído por Clara Eduvina Jara Mora y Carlos Edmundo Sánchez Gómez el 28 de diciembre de 2011, en la Notaría única de Sylvania (Cundinamarca), y disuelta y en estado de liquidación su sociedad conyugal.

Cuarto: Regístrese la decisión en los folios de nacimiento y matrimonio de los cónyuges en cuestión, oficiese.

⁹ Fl. 80 a 85 C. 1 principal

Quinto: Señalase en la suma de \$600.000.00 pesos mensuales el monto de la cuota alimentaria con la que deberá el cónyuge culpable del divorcio decretado Carlos Edmundo Sánchez Gómez contribuir con los gastos alimenticios de su excónyuge, suma que se incrementará en enero de cada año conforme al incremento del salario mínimo dispuesto por el Gobierno Nacional, por descuento de nómina que precisará el a-quo, librando la comunicación respectiva.

Sexto: Expídase copia de la sentencia y audio a las partes.

Séptimo: Condenar en costas a la parte demandada, en un 70% de las causadas, para lo cual se fijan como agencias en derecho en primera instancia la suma de \$1.200.000.00.

2º. Condenar en costas de segunda instancia al demandado, en un 70% de las causadas, señálese como agencias en derecho la suma de \$700.000.00 mcte. Liquidense por el a-quo.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAIME LONDONO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ