REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA

BARRANQUILLA

Magistrado Sustanciador:

JORGE MAYA CARDONA

Barranquilla, veintidós (22) de Febrero de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO DE DIVORCIO CONTENCIOSO
DEMANDANTE: FRANCIS CASTELLANO ARIZA
DEMANDADO: YOLIS MULFORD MARTINEZ
RADICADO: 08 001 31 10 008 2019 00378 01
NÚMERO INTERNO: 00104 2020F
PROCEDENCIA: JUZGADO 8° DE FAMILIA DE BARRANQUILLA

Para observar el expediente digital, ingrese al siguiente link: **00104-2020F**

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso ordinario de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante y a su vez demandada en reconvención, contra la sentencia del 09 de noviembre del 2.020 proferida por el Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla, la cual negó las pretensiones de la demanda principal, se abstuvo de resolver unas excepciones de meritó, decretó el divorcio para la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico según las causales 2ª y 3ª del art. 154 C. Civil alegadas en la demanda de reconvención, declaró como cónyuge culpable al demandante inicial y le condenó a suministrar alimentos, entre otras disposiciones.

II. ANTECEDENTES

1 Señala la demanda principal que el señor Francis Castellanos y la señora Yolis Mulford, contrajeron matrimonio católico el día 30 de marzo de 1996, en la Parroquia Nuestra señora del Carmen de la Ciudad de Barranquilla, e inscribieron la respectiva partida ante la notaria sexta de esta ciudad bajo el serial No. 1604999 del 15 de mayo del mismo año, razón por la cual surgió entre los esposos la sociedad conyugal que se encuentra vigente.

1.1 Dice que durante la vida marital procrearon a Alejandro y Miguel Ángel Castellanos Mulford, quienes actualmente son mayores de edad.

1.2 Que los esposos Castellano- Mulford han incurrido en la causal 8ª del art. 6° de la Ley 52 de 1992, es decir, la separación de cuerpos judicial o de hecho que haya durado más de dos años, toda vez que desde el 15 de abril del 2.017 las partes del proceso no han podido reanudar la vida en común.

2 La parte demandante principal, invocó como pretensiones las que a continuación se detallan:

Se decrete el divorcio para el cese de los efectos civiles del matrimonio católico contraído por los señores Castellano- Mulford, por haber incurrido en la causal 8ª del art. 154 del C. Civil modificado por la ley 25 de 1992, se declare disuelta la sociedad conyugal, y se ordene la inscripción de la sentencia de divorcio en el registro civil.

HISTORIA PROCESAL.

1.- El Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla en auto del 09 de octubre del 2.019, admitió la demanda, y notificada en legal forma, fie contestada por la demandada refiriéndose indistintamente a los hechos, propuso excepciones de mérito denominadas "ser la demandada cónyuge inocente", e "infidelidad del demandante", y presentó **demanda de reconvención** señalando que fue el demandante principal quien incurrió en las causales de divorcio 2ª y 3ª del art. 154 del Código Civil, es decir, por el incumplimiento de los deberes maritales, e infidelidad, por lo que solicita se decrete el divorcio con base en estas, y en consecuencia se condene al demandado en reconvención al pago de una cuota alimentaria del 30% sobre sus ingresos mensuales.

La demanda de reconvención fue admitida por el Juzgado del conocimiento mediante auto del 17 de febrero del 2.019, y notificada en legal forma; el demandado en reconvención la contestó oponiéndose a las pretensiones de ésta, señalando que el divorcio se debe decretar con base en la causal 2ª del art. 154 del C. Civil, tal como lo alegó en la demanda principal.

2.- **DECISION:** El Juzgado Octavo de Familia de Barranquilla, en sentencia del 09 de noviembre del 2.020 puso fin a la primera instancia, negando las pretensiones de la demanda principal, se abstuvo de resolver las excepciones propuestas por la demandada principal, decretó el divorcio y la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico celebrado entre las partes con arreglo a las causales 2ª y 3ª del art. 154 del C. Civil, alegadas en la demanda de reconvención, declaró como cónyuge culpable al demandante principal, declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal conformada entre las partes, condenó al señor Francis Castellano a suministrar

alimentos a favor de la señora Yolis Mulford en la forma y cuantía establecida en la sentencia del proceso de alimentos de mayores, rad. 080013110008 2019 00266 00 que cursó en este mismo juzgado, ordenó la inscripción de la sentencia en el respectivo registro civil de las partes, y condenó en costas a la parte demandante principal y demandada en reconvención, entre otras disposiciones.

Fundamentos de la sentencia recurrida:

Dijo la Juez A quo que en el proceso está probado que el demandado en reconvención incurrió en las causales 2ª y 3ª subjetivas de divorcio, aun cuando alegó que los cónyuges estaban separados de cuerpos por más de 02 años como si se tratara de un llamado "divorcio remedio".

Que el demandado en reconvención aceptó en el interrogatorio de parte y en la audiencia dentro del proceso de alimentos de mayor que cursó en el mismo juzgado, que sostiene una relación de convivencia con otra persona desde octubre del 2.019, por lo que incurrió en la causal 3ª de divorcio, es decir, en una infidelidad moral e injuria grave contra la cónyuge, hecho del cual se enteró la demandante en reconvención el 03 de septiembre del 2.019 durante la audiencia de aquel proceso.

Que la causal 2ª de divorcio también está demostrada porque el demandante aceptó que se fue de la casa en abril del 2.017, y no está probado que fue la cónyuge quien lo echó de la casa pues ella lo negó en el interrogatorio de parte, y el demandante aceptó que nunca más volvió ya que decidió iniciar una convivencia con otra persona, confesando además que desde la época en que se fue del hogar tenía una relación de noviazgo con aquella persona.

Que la misma causal segunda está demostrada por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias para con la cónyuge, según la sentencia dictada dentro del proceso de alimentos a favor de mayores, sin que sea necesario por sustracción de materia referirse a las excepciones de mérito propuestas en contra la demanda principal.

Dijo que estando probadas las causales 2ª y 3ª del art. 154 del C. Civil alegadas con la demanda de reconvención, corresponde decretar el divorcio siendo el demandante principal el cónyuge culpable, debiendo asumir éste la sanción por alimentos en la forma establecida en aquella sentencia del proceso de alimentos.

Señaló que las causales 2ª y 3ª que prosperaron no se encuentran afectadas por la caducidad, pues siendo los hechos que la configuran de tracto sucesivo, es decir, que se mantienen en el tiempo pues el demandante no ha regresado al hogar y tiene una relación de convivencia vigente con otra persona diferente a la cónyuge, la caducidad de

un (01) para invocarlas cuenta a partir del momento en que el ofensor cumpla nuevamente con sus deberes, lo cual no ha ocurrido.

3.- Contra dicha decisión el apoderado judicial de la parte demandante principal y demandada en reconvención presentó recurso de apelación.

Razones y motivos de inconformidad que postula el apoderado judicial del demandado Armando Orozco.

Señaló el recurrente en los reparos concretos durante la audiencia de fallo que, no se demostró el abandono por parte del cónyuge, y que el Juzgado asumió como cierto que éste se fue de la casa, pero según el dicho de la señora Yolis Mulford.

No tuvo en cuenta el juzgado los ultrajes e improperios que fue víctima el señor Francis para ser sacado de la casa por parte de su esposa, pues así lo manifestó que ocurrió el demandante principal en el interrogatorio de parte, pero el juzgado desestimó este interrogatorio.

Y dijo que la demandada principal y demandante en reconvención, no acudió en tiempo a la acción de divorcio según la ley y la jurisprudencia.

En el trámite de esta instancia se recibieron los alegatos que sustentan los reparos del recurso, reiterando el recurrente que no fue el demandante quien abandonó el hogar, pues no se debe tener como prueba la audiencia del proceso de alimentos ni lo manifestado por el señor Castellanos, y que la señora Yolis no acudió en tiempo a la acción de divorcio pues la convivencia había finalizado desde abril del 2.017 y la demandante en reconvención ya conocía de la nueva relación de su esposo; sin embargo, adicionó en los alegatos de la segunda instancia, que no se debe condenar por alimentos al demandante principal, que la señora Yolis es una persona económicamente activa, recibe ingresos adicionales, y dispone de unos bienes de la sociedad conyugal, que el fallo del proceso de alimentos no es prueba del incumplimiento del deber y ni de abandonó económico ni moral, pues el cónyuge no fue condenado ni esta sentencia hace tránsito a la cosa juzgada, que la demandante en reconvención no acudió en término para invocar la causal tercera de divorcio por infidelidad del esposo, pues conocía de la infidelidad hace más de (02) años y dicha infidelidad nunca le afectó moralmente y así lo toleró.

La demandada principal y demandante en reconvención (no recurrente) se opuso a la prosperidad del recurso, por lo que agotados los trámites en esta instancia es procedente resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo decidido en la sentencia de primera instancia y los reparos concretos del recurso que fueron sustentados, de forma congruente surgen entonces los siguientes problemas jurídicos: ¿incumplir el deber de la cohabitación hace incurrir al cónyuge en la causal segunda de divorcio?, ¿desde cuándo opera la caducidad por el incumplimiento de los deberes a cargo de los cónyuges y en el caso de la infidelidad?

Antes de abordar los problemas jurídicos, es preciso señalar que en el presente asunto la Juez a quo decretó el divorcio con base en las causales 2ª y 3ª del art. 154 del C. Civil alegadas en la demanda de reconvención, y desestimando la causal 1ª de la demanda principal.

Con el recurso de apelación el demandado en reconvención se defiende señalando que "no se fue del hogar", que "no se probó el abandono", y que la demandante en reconvención "dejó caducar la acción", por lo que de forma congruente en esta instancia corresponde desatar el recurso distinguiendo los supuestos de la causal segunda con relación al abandono, y la caducidad con relación a los supuestos del incumplimiento del deber de la cohabitación, y la obligación de suministrar alimentos para la causal 2ª, y de la infidelidad para la 3ª.

Sobre el primer problema jurídico, se tiene que el artículo 113 del código civil define el matrimonio como *"un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente."*

El art. 178 ídem modificado el artículo del Decreto 2820 del 1974, impone la "cohabitación" como una obligación a cargo de los cónyuges, norma que dice:

> "Art. 178 modif. D.2820 de 1974 art. 10. **Cohabitación.** 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."

La cohabitación de los cónyuges, puede definirse entonces como el hecho de vivir juntos o hacer vida marital (según la R.A.E., htpp//https://dle.rae.es/cohabitar), y de acatar las implicaciones de compartir "lecho, techo y mesa", mantener la comunicación entre los cónyuges, el respeto, y la atención del uno para con el otro (ver entre otras Sentencia CSJ Sala de casación Civil SC3929-2020).

Sobre la causa justificada o el cese de este deber, según las normas pertinentes del Código Civil ocurre en los siguientes eventos: cuando i) el matrimonio sea declarado nulo (art. 148 del C. Civil), ii) por el divorcio tramitado ante autoridad competente que disuelve el vínculo (art. 160), y iii) por el decreto judicial de la separación de cuerpos (art. 167).

Por tanto, siendo la cohabitación uno de los medios para cumplir con los fines esenciales del matrimonio, el incumplir este deber sin mediar justa causa, como cuando el marido

decide unilateralmente poner fin a esta e irse del hogar, da lugar entonces a la causal subjetiva de divorcio descrita en el numeral 2° del art. 154 del código civil modificado por el art. 6 de la Ley 25 de 1992, es decir, “el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley impone como tales y como padres”, debiendo entonces el cónyuge culpable asumir las consecuencias propias de esta causal.

Veamos entonces, si en el presente asunto está demostrado el incumplimiento injustificado del deber de cohabitación por parte del demandante principal y demandado en reconvención, teniendo en cuenta que en la demanda principal alega que “desde abril del 2.017” no conviven, y en los reparos concretos del recurso señaló que no se demostró el abandono del hogar, sino que la señora Mulford “lo sacó” bajo ultrajes y sin darle la oportunidad de regresar.

En el interrogatorio de parte el demandante principal también confesó que salió del hogar matrimonial en abril del 2.017, hecho sobre el cual no existe prueba en contrario, pero además dijo que esto ocurrió porque la señora Yolis Mulford lo “lanzó de la casa con la ropa en unas bolsas negras”.

Sobre esta circunstancia la demandada Yolis Mulford en el interrogatorio de parte, manifestó que eso era “mentira”, que “ella no lo echó”, y fue bastante precisa en decir que recuerda que el día 08 de abril del 2.017, su cónyuge regresó de una comisión de servicios proveniente de la ciudad de Bogotá, pero no llegó a su casa, sino a “la casa de sus padres”, que “Francis se llevó la ropa”, “se fue mudando”, y que posteriormente “un día vio al papá” de éste llevarse la ropa en unas bolsas, y de allí no volvió a ver a su esposo.

Esta declaración encuentra sustento en la prueba testimonial de las señoras Magaly Jiménez y Juanita González, quienes a pesar de no recordar la época exacta a partir de la cual el señor Castellanos no vive en la casa del matrimonio (2.017 o 2.018), ambas recuerdan y les consta por ser vecinas y permanecer en el sector, que el señor Francis “hace más de dos años vivía en la casa de sus padres”, porque éste “dejó a la señora Yolis, se separaron”, y que después no lo volvieron a ver viviendo allí.

La señora Juanita González dijo también, que recuerda por ser vecina de enfrente que, para la misma época del 2.017, vio cuando el demandante principal “montó las cosas en un carro” y se fue de la casa de sus papás, y le consta la separación de los esposos desde entonces, porque tiempo después vio al demandante “visitando a sus papás, pero en compañía de otra mujer”.

El demandante principal y demandado en reconvención también confesó que “no regresó” al hogar matrimonial, que pasados “26 meses de estar separados de cuerpos”,

inició una relación de noviazgo con otra persona, con quién estableció una “convivencia a partir de octubre del 2.019”.

Él señor Castellanos en el interrogatorio de parte que rindió en proceso de alimentos (con idénticas partes) a favor de mayor, rad. 2.019-00266, donde en la audiencia del día 22 de octubre del 2.019, dijo que estaba separado de cuerpos hace más de dos años, e inició una relación de convivencia con otra mujer quien antes era su novia; prueba esta de interrogatorio de parte que puede ser apreciada en el presente asunto sin necesidad de otras formalidades, según lo dispuesto en el art. 174 del C.G.P.

Así las cosas, en el proceso está probado que el demandante principal incumplió el deber de cohabitación porque se marchó definitivamente del hogar matrimonial sin demostrar justificación válida para ello, lo cual se tiene que ocurrió desde abril del 2.017 y que actualmente persiste, según las pruebas testimoniales y los interrogatorios de parte allegados al proceso.

En el proceso no está probada la ocurrencia de los ultrajes o improperios por parte de la cónyuge, ni que ésta le impidió regresar al hogar, pues solo lo manifestó el recurrente en el interrogatorio de parte y en los reparos del recurso, más no lo demostró, porque ninguna otra prueba aportó para corroborarlo.

En consecuencia, no prospera el recurso de apelación con relación al supuesto del abandono que comprende la causal segunda de divorcio y el primer reparo del recurso.

En lo atiente al segundo problema jurídico y con relación a la caducidad de la acción de divorcio, con base en el incumplimiento de los deberes que la ley impone a los cónyuges como el de la cohabitación y el de los alimentos para el caso de la causal 2ª, y el de la infidelidad para la causal 3ª, se tiene que, siendo estos supuestos de aquellos que se encuadran en las denominadas causales subjetivas, que conllevan ambas a la imposición de sanciones a cargo del cónyuge culpable, el término de caducidad de un (01) año previsto en el art. 156 del C. Civil, no opera desde cuando sucedieron los hechos sino desde la fecha en que cesa el incumplimiento de los deberes.

Al respecto la doctrina constante de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de vieja data tiene establecido que:

> "mientras subsistan los hechos que constituyen violación de tales deberes no [se] puede predicar la caducidad, contando el término de la misma desde cuando la trasgresión de aquéllos se inició, comoquiera que la permanencia de los deberes mencionados, impone la imposibilidad de afirmar que su violación queda amparada por la caducidad, cuando persiste en el tiempo. Por ello esta Corporación ha sostenido que, en tales casos **la caducidad solo opera a partir de la fecha en que cesan los hechos que se enmarcan dentro de la referida causal” (**Sentencia del 9 de noviembre de 1990 Exp. No. 15137, reiterada en Sentencia STC 3997 del 03 de abril 2.014 M.P. Ariel Salazar Ramírez, y Corte Constitucional C 985 del 2.010)

Sobre la caducidad en el caso del cónyuge que abandona el hogar, incumpliendo el deber de la cohabitación, la Corte ha sostenido que:

> "dicho lapso no comienza desde cuando se inicia el [abandono] sino cuando este estado de cosas termina… [y] debe tenerse muy presente que cuando se invoca la de incumplimiento por abandono, **el término de caducidad se inicia no cuando el abandono empezó, sino cuando cese"** (Sentencia CSJ de 22 de febrero de 1991, Exp. No. 3275)

Respecto de las obligaciones alimentarias a cargo del cónyuge, y cuando se ha demandado el cumplimiento de estas por vía judicial, para efectos de la caducidad, la Corte ha señalado que:

> "En el caso del incumplimiento grave e injustificado de las prestaciones alimentarias (…) se configura la causal segunda del art. 154 del C. C., y mientras haya lugar a tal **debe concluirse que la sustracción a los deberes ha sido continuada o de tracto sucesivo**… [en tanto que], el pago de la cuota de alimentos como resultado de un embargo judicial **no puede admitirse como el cumplimiento de la obligación en comento** (…) Con base en lo expuesto, concluye la Sala que, en cuanto al incumplimiento de los deberes de padre como causal segunda de divorcio, **la misma no ha caducado"** (Sentencia STC8316 del 08 de octubre del 2.020 M.P. Octavio Tejeiro).

Así las cosas, mientras subsistan o no hayan cesado los hechos que configuran el incumplimiento de los deberes que la ley impone a los cónyuges, o cesado el agravio al decoro de los casados, no opera entonces la caducidad de la acción de divorcio ni para efectos de solicitar la imposición de las sanciones comprendidas, por lo tanto, como en el presente asunto está probado que el incumplimiento del deber de la cohabitación subsiste porque el cónyuge no regresó al hogar (respecto de la causa 2ª), y que también subsiste la infidelidad moral porque en el interrogatorio de parte el demandante principal confesó que tiene otra pareja con quien convive (para la causal 3ª), y ambas situaciones se mantienen al menos hasta la presentación de la demanda y la contestación de la demanda de reconvención, no opera entonces la caducidad para las causales 2ª y 3ª alegadas en la demanda de reconvención.

Ahora, no sobra decir que, para el caso del incumplimiento de las obligaciones alimentarias a cargo del cónyuge, que se encuadra dentro de dicha causal 2ª, siendo éste incumplimiento también de aquellos que se denominan continuos o de tracto sucesivo, es de señalar que, el mismo no cesa por el hecho de estar ordenado el pago de cuotas alimentarias mediante orden judicial, porque aún bajo esta premisa persiste la sustracción como lo ha dicho la Corte, y no puede entonces operar la caducidad.

En el presente asunto, como la cónyuge acudió a la acción alimentaria para mayores, según auto del 10 de julio del 2.019 obrante a folio 16 del cuaderno de reconvención No. 3 dictado en el proceso verbal sumario rad. 2019-00266, y la sentencia del día 22 de octubre del 2.019 que puso fin a éste ordenó al demandante principal, "cancelar de manera directa" a la cónyuge una cuota alimentaria "dentro de los 05 primeros días de

cada mes”; se tiene entonces que persiste el incumplimiento por parte del demandante principal, pues no ha ocurrido la satisfacción voluntaria de la obligación por parte del deudor, y por lo tanto tampoco ha operado la caducidad para este supuesto.

En consecuencia, no está probada la caducidad de la acción de divorcio para el caso de las causales 2ª y 3ª del art. 154 del C. Civil que prosperaron con la demandada de reinvención y que fueron objeto del recurso, quedando así resueltos los reparos del recurso y los problemas jurídicos planteados, sin que salga avante la alzada interpuesta, deviniendo sin más la confirmación del fallo apelado.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante principal y demandada en reconvención, y en favor de la demandada principal y demandante en reconvención.

En armonía con los argumentos expuestos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Cuarta Civil – Familia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- CONFIRMAR la sentencia del 09 de noviembre del 2.020 proferida por el Juzgado Octavo de Familia, dentro del proceso de Divorcio contencioso con demanda de reconvención promovido por FRANCIS CASTELLANO ARIZA contra YOLIS MULFORD MARTINEZ.

2.- Costas en esta instancia a cargo del demandante principal y en favor de la demandada principal. Se fija como agencias en derecho la suma de un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

3.- En firme esta Sentencia, se devolverá el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(APROBÓ EN SALA VIRTUAL)
JORGE MAYA CARDONA
Magistrado

(APROBÓ EN SALA VIRTUAL)
GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO
Magistrada

(APROBÓ EN SALA VIRTUAL)
SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA
Magistrada