

RV: sustentación recurso proceso 02820190053501

Secretaria Sala Familia Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 17/03/2021 17:02

Para: Angelica Jisseth Contreras Culma <acontrec@cendoj.ramajudicial.gov.co> 1 archivos adjuntos (729 KB)

Sutentación Recurso Sala de Familia Proceso 20190053501.pdf;

De: quesada_abogados <quesada_abogados@cable.net.co>**Enviado:** miércoles, 17 de marzo de 2021 4:58 p. m.**Para:** Secretaria Sala Familia Tribunal Superior - Seccional Bogota <secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** sustentación recurso proceso 02820190053501

Honorable Magistrado

JAIME HUMBERTO ARAQUE G.

Sala de Familia

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Respetuosamente anexo, dentro de la oportunidad legal que corresponde, la sustentación al Recurso de Apelación que el demandado interpuso de manera parcial contra la sentencia dictada por el señor Juez Veintiocho de Familia de Bogotá dentro del proceso 028201900535, propuesto por Elizabeth Alzate contra Jaime Alberto Mutis

Respetuosamente,

José Fernando Quesada Vanegas

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE FAMILIA

Magistrado Ponente: Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE G.**

E.

S.

D.

1

Ref.: Proceso Verbal de Conocimiento número 20190053501. **ELIZABETH ALZATE MANRIQUE** contra **JAIME ALBERTO MUTIS GAITÁN**

JOSÉ FERNANDO QUESADA VANEGAS, apoderado del demandado, con el presente escrito, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente – artículo 14 del Decreto 806 de 2020 – allego el escrito que contiene la breve sustentación a los reparos concretos expresados en el Recurso de Apelación interpuesto durante la Audiencia de Alegaciones y Fallo, surtida el 25 de enero pasado en el proceso que nos ocupa.

I. Reparos Concretos:

1. Confundir en la sentencia objeto de alzada la cohabitación exigida en la Ley 54 de 1991, con el hecho de compartir la vivienda con la demandada.
2. Confundir en el fallo que se recurre, el cumplimiento de obligaciones derivadas del divorcio, con el elemento subjetivo establecido por la ley 54, de existir en la pareja el ánimo de constituir una familia.
3. No partir la providencia impugnada del hecho de que las partes en este proceso venían de un proceso de divorcio, situación jurídica **que no suprime las obligaciones originadas en la familia que se había pactado en el matrimonio** de los cónyuges, ahora divorciados.

II. Los reparos señalados los sustento brevemente en las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. **Está plenamente probado que las partes en este proceso venían de un rompimiento del vínculo conyugal**, mediante divorcio vincular, y lo está, no solamente por la confesión que envuelve la demanda y la contestación, sino por la prueba solemne que se arrió por la parte actora con el escrito introductorio de la acción; valga decir, la Escritura Pública número 5.071, corrida en la Notaría Diecisiete

de este círculo el 20 de noviembre de 2009, y que contiene el Divorcio del matrimonio Civil que años atrás (17 de diciembre de 1993) habían celebrado las partes en este proceso. Este hecho impone que entre el demandado y la demandante existía una familia originada en el matrimonio, según lo prevé la ley sustancias (artículo 42 de la Constitución Política), familia que tiene protección constitucional.

2. En esta familia, se encuentra así mismo plenamente probado, se procrearon por los cónyuges a los ahora adultos, menores de 25 años, **JULÍAN** y **NICOLAS MUTIS ALZATE**, cuyos registros civiles de nacimiento se arrimaron con la demanda que dio origen a este proceso.

2

Explicando los requisitos contenidos en la Ley, la Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, que el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 que regla la existencia de la Unión Marital de Hecho, exige la prueba de elementos objetivos y subjetivos, de los cuales se impone la existencia de la unión marital de hecho, elementos que definió, como sigue y que constituyen jurisprudencia probable, según el ordenamiento adjetivo:

“En coherencia con la jurisprudencia, en dicho requisito se encuentran elementos “(...) **fácticos objetivos, como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritalis** (...)”¹.

Es la misma relación vivencial de los protagonistas, con independencia de las diferencias anejas, como es natural entenderlo, propias del desenvolvimiento de una relación de dicha naturaleza, ya sean personales, profesionales, laborales, económicas, en fin, y de los mecanismos surgidos para superarlas”. (Sentencia SC 16562018, de la que fue ponente el Doctor Tolosa Villabona, 18 de mayo de 2018 Negrillas fuera de texto)

3. Son los factores de orden objetivo los que llevan al equívoco a la providencia impugnada, por cuanto en la misma, de los hechos confesados y probados de compartir la vivienda en un mismo inmueble – de propiedad de mi representado – y del ejercicio correcto y natural de la patria potestad, la sentencia deduce “la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia”, razón por la que predica la existencia de la Unión Marital, la que sólo se rompe cuando **Jaime Alberto Mutis** inicia relaciones amorosas, sexuales. permanentes y públicas con la señora **Candelaria González**, el 30 de septiembre de 2016, como está probado en el proceso.

4. **PROBLEMA JURÍDICO** a resolver: **¿Extingue el Divorcio vincular la familia que se conformó contractualmente con el matrimonio? ¿En caso negativo cuáles**

¹ CSJ. Civil. Sentencia 239 de 12 de diciembre de 2001. Reiterada en fallos de 27 de julio de 2010, expediente 00558, y de 18 de diciembre de 2012, expediente 00313, entre otros.

son las obligaciones familiares que se terminan con el divorcio? ¿Puede el cumplimiento de las obligaciones familiares derivadas del divorcio dar lugar a que entre los cónyuges divorciados se forme una Unión Marital de Hecho junto con la Sociedad Patrimonial que la acompaña?

4.1) Está plenamente dicho por la ley y la Jurisprudencia, que **el divorcio no hace cesar entre los cónyuges sino la obligación de cohabitar** (más adelante volveremos a este concepto) **y de mantener la mutua lealtad sexual entre ellos**. Otras obligaciones, surgidas del matrimonio y de la familia contractual, como la alimentaria, pueden persistir después de roto o disuelto el vínculo matrimonial y así lo dispone la ley civil, cuando salva, en cabeza de uno de los cónyuges, el derecho a reclamar alimentos, y en el otro la obligación de suministrarlos, generalmente de por vida y con cargo a la herencia, si persisten bienes a la muerte del cónyuge divorciado alimentante. (Ver artículos 5° y 11 de la Ley 25 de 1992, que modificaron los artículos 152 y 411 del Código Civil)

4.2) **Respecto de los hijos comunes**, después del divorcio, persisten todas las obligaciones familiares derivadas de la existencia y reconocimiento de los mismos, así como los derechos y obligaciones que a los padres da o impone el ordenamiento jurídico, como lo es el caso de crianza, educación – como formación –, alimentos y el ejercicio la Patria Potestad, de cuyo cumplimiento pretende derivar la demandante el ánimo de constituir una familia, diferente a la que se conformó con el matrimonio. Dentro de estas sobresalen el derecho de unos y la obligación de los otros, de alojarlos en su propia vivienda, suministrarles alimentos y **participar** – decidir – en su crianza y establecimiento, como se deduce de la reglamentación de la patria potestad en el derecho colombiano (ver, entre otros, los artículos 88, 161 – modificado por la ley 1 de 1976 – 288 – modificado por la Ley 75 de 1968 – del Código Civil)

4.3) Como queda establecido, una vez disuelto el matrimonio, persisten obligaciones entre los cónyuges y con los hijos comunes, que no sólo permiten, sino que obligan, por ejemplo, a alojar los hijos comunes en la casa de los padres o padre que tenga capacidad para mantener ese inmueble.

5. Descendiendo al caso en estudio encontramos que, en el acto de divorcio, y para acceder a él, los cónyuges pactaron obligaciones, fundamentalmente a cargo del demandado en este proceso, obligaciones que fueron establecidas en el acuerdo previo que se elevó a escritura pública, como requisito para acceder al divorcio. Veamos:

* Los cónyuges manifiestan que **la patria potestad se conservará para ambos cónyuges**, sin importar que la custodia y cuidado personal la asuma la madre, señora **ELIZABETH ALZATE**, pacto no sólo acorde al derecho, sino que además le da a cada uno de los padres las facultades de que tratan los artículos 288, 289 y siguientes del Código Civil, **que se deben ejercer de común acuerdo**, de manera conjunta, sin importar la ocurrencia de la separación temporal o definitiva de los cónyuges.

** Los niños **permanecerán alojados** – lugar de vivienda – **en el inmueble propiedad del padre**, como se probó en el Interrogatorio efectuado en este proceso, bajo el cuidado y custodia de la madre.

*** Los gastos de educación y salud – como parte de los alimentos – son asumidos en la totalidad por padre, siendo la alimentación, como manutención, de manera compartida por los padres, pactándose como obligación del padre, señor **Jaime Alberto Mutis**, la de entregar a la madre la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) mensuales, suma esta que corresponde a la contribución del cincuenta por ciento (50%) a que se obligó el padre en el pago de los alimentos concisos, estrechos, de los hijos comunes.

**** En el curso del proceso se estableció que el aquí demandado, **JAIME ALBERTO MUTIS GAITÁN**, ha cumplido en general con el pacto – salvo el pago de la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) arriba señalada – alojando a sus hijos en su propia casa de habitación y **ha ejercido la patria potestad** que no le suprime el divorcio y que, en cumplimiento de la ley civil arriba citada, esta facultad la realiza en conjunto con la madre de **Nicolás y Julián Mutis Alzate**, valga decir **ELIZABETH ALZATE**.

***** Que el señor **JAIME ALBERTO MUTIS GAITÁN**, con fin de cumplir con esa obligación de contribuir con la suma de Quinientos Mil pesos (\$500.000), y el gasto obligatorio extraordinario de salud de sus menores hijos, entregó a la demandante una tarjeta de crédito amparada, con un cupo de ocho millones de pesos (\$8.000.000)

¿Acaso del cumplimiento de estos acuerdos pactados en el divorcio pueden ser fundamento para deducir de los mismos una aceptación tácita del querer conformar con la divorciada una nueva familia, ahora de forma material? Indudablemente no puede de ahí deducirse la voluntad tácita de querer constituir una nueva familia. **Esto solo es el cumplimiento del deber asumido por Jaime Alberto Mutis, en el acuerdo de divorcio.**

De manera obvia, así mismo, se deduce, sin esfuerzo, que del hecho de alojar a sus hijos en su propia vivienda, no surge para el padre la obligación de predicar, la oposición a permitir el cumplimiento de la custodia y cuidado personal de los menores, a cargo de la demandante en este proceso, sino que el ejercicio de la misma se realiza dentro del inmueble de propiedad del demandado, por lo que a ella se le asignó una habitación separada, con baño separado, como nos lo informan al unísono los testigos en este proceso, especialmente las señoras **CANDELARIA GONZÁLEZ, CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ** y **MARTHA MUTIS GAITÁN**.

6. Aquí vale la pena resaltar:

- **Las razones** para que la señora **ELIZABETH ALZATE** compartiera la vivienda con el ahora demandado están claras en el acuerdo de divorcio, cuyo texto se aportó como anexo del escrito incoatorio, como ya está dicho, pero no hemos señalado aún las razones para que ese acuerdo suigéneris se hubiese incluido en el acuerdo de divorcio, ya que no son las razones económicas su origen, sino que estas terminan siendo la razón de su prolongación en el tiempo, hasta ahora.

6.1) En efecto, como se confiesa en el hecho cuarto del escrito introductorio de la acción, la ahora demandante tenía interés en abandonar el país con sus menores hijos, razón por la que exigió de mi representado la firma de una escritura pública que la autorizara para salir del país en compañía de los menores **JULIAN MATEO** y **NICOLÁS DAVID MUTIS ALZATE**, de manera permanente y a su voluntad, **protocolo que se anexa al escrito de demanda**.

6.2) Así las cosas, la habitación de los menores en la casa del padre pactada en el acuerdo de divorcio, se preveía como temporal y corta. Mientras la visa se materializaba, ellos, los menores, convivirían con el padre y en ese mismo inmueble se alojaría la madre, para quien se dispuso, en el acuerdo de divorcio, que ejercería el cuidado y la custodia de los menores².

6.3) Al momento en el que se niega la visa – ¿asilo? – al grupo familiar formado por la demandante y sus hijos, aparece una nueva situación de hecho, objetiva, que sorprende a todos: Los cónyuges divorciados comparten el mismo inmueble – no cohabitan – y ejercen de consuno la patria potestad, sin que exista como pareja la “*affectio maritales*” de la que habla el ordenamiento jurídico.

² No podía ser de otra manera, si la madre pensaba radicarse en el exterior con sus menores hijos.

7. Así las cosas, de la observación de los hechos y la explicación racional de la conducta del demandado, ajustada a ellos, durante el periodo que corre entre el 21 de noviembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2016, los actos del demandado no pueden ser sino la manifestación de una conducta de **estricto cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de divorcio**. No puede darle la sentencia otro contenido distinto, el cual sería solo especulativo y no racional. No está probado en el demandado el ánimo – voluntad expresa o tácita – de establecer con la demandante una unión marital que de origen a una nueva familia, ahora de hecho, de la cual formarían ahora parte, los hijos comunes tenidos dentro del matrimonio, con quienes ya se tenían obligaciones derivadas del acuerdo de divorcio.

8. Regresando al escrito de demanda examinaremos ahora si la permanencia de la demandada en el inmueble de propiedad del demandado, y que este habita igualmente, constituye la cohabitación que predica la Ley 54, como manifestación externa de la existencia de la Unión Marital y de la cual se deduce la voluntad, el ánimo, para conformarla.

* Sea lo primero afirmar que la vivienda de la señora **ELIZABETH ALZATE** en el inmueble de propiedad del demandado en este proceso, durante el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2009 y el 30 de septiembre de 2016, está plenamente explicado en el punto anterior. Es la materialización del ejercicio del Cuidado y Custodia pactados para con los menores en el acuerdo de divorcio, y que se debían ejercitar, en el domicilio pactado para los menores, que no era otro sino el mismo del padre de estos, cónyuge divorciado demandado en este proceso, tal y como se pactó en el acuerdo tantas veces citado. Si bien este pacto se prevé como temporal una situación fáctica – no visa – lo prolonga en el tiempo. Pero no solo es esto la prueba del yerro concreto indilgado al fallo objeto de alzada

** En efecto, existe en el proceso prueba de la confesión que hace la demandante de la inexistencia de un vínculo de afección familiar entre ella y el demandado, lo que se resalta en las pruebas que relaciono a continuación, y a las que se les debe la integralidad establecida en el ordenamiento probatorio:

8.1) En diligencia adelantada ante el señor Comisario Once de Familia de Bogotá el día 17 de agosto del año 2012, la señora **ELIZABETH ALZATE MANRIQUE** manifestó de viva voz que se plasmó en el escrito avalado por su firma y la del señor Comisario, que ella “está con la responsabilidad de los niños” – **Julián y Nicolás**,

agregamos nosotros, – la que se deriva del acuerdo de divorcio, valga decir la Custodia y Cuidado personal allí pactado;

8.2) Allí, al final de su intervención, resalta su condición de divorciada con **JAIME ALBERTO MUTIS**, para referir: “Tenemos un acuerdo de divorcio y él no ha cumplido” Al referir su comparecencia a la audiencia, se anota por el funcionario, en el acta, que también suscribe la ahora demandante, que la señora **ELIZABETH ALZATE MANRIQUE** es mujer divorciada.

8.3) Las testigos, señoras **CANDELARIA GONZÁLEZ** y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ**, declaran bajo la gravedad del juramento, de manera espontánea, clara y responsiva, la forma en que conocieron a la demandante en este proceso, de las relaciones de enemistad y amistad que mantuvieron con ella, **y de la confesión** que ella les hizo de la inexistencia de una relación marital con el demandado – **JAIME ALBERTO MUTIS** – con quien ella no había tenido ninguna relación de afecto marital o sexual después del divorcio, previniéndolas de las enfermedades de transmisión sexual de las que era portador el demandado y aconsejándoles no mantener relaciones sexuales con él.

8.4) Tenemos dos pruebas de confesión no valoradas en la providencia impugnada, provenientes de la demandante, siendo claro para **la ley y la jurisprudencia que el estado civil es confesable**, lo que se deduce del acto voluntario y unilateral de reconocimiento de los hijos o de la unión marital, permitidos y promovidos por el ordenamiento, los cuales puede ejercitar unilateralmente uno cualquiera de los padres o compañeros, bien sea en la diligencia notarial reglada por la Ley 75 de 1968 o por la confesión que implica suscribir el registro civil de nacimiento del hijo extramatrimonial o su reconocimiento en diligencia testamentaria, o su aceptación en la diligencia de conciliación reglada por las leyes 54 de 1990, 640 del 2001 y Ley 979 DE 2005, para la Unión Marital de Hecho.

8.4.1) El 17 de agosto de 2012 la demandada confiesa que es cónyuge divorciada y madre del menor sobre el cual se “ejercitaron actos de violencia” por el padre, que motivaron una riña, con mutuas lesiones entre los padres divorciados, como se lee en la misma acta, la que fue aportada por la demandante como anexo de su escrito introductorio de la acción que hoy nos ocupa.

8.4.2) En el año 2016 primero y 2018 después, la señora **ELIZABETH ALZATE MANRIQUE**, confiesa a las testigos arriba citadas, **CANDELARIA** y

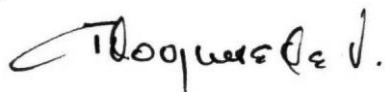
CLAUDIA GONZÁLEZ que ella no tiene relación sentimental con **JAIME ALBERTO MUTIS**, la que terminó con el divorcio pactado en el año 2009. Esta confesión la obtienen las deponentes en razón de la intranquilidad que les ocasiona, siendo compañeras sentimentales de Alberto Mutis, la presencia de **ELIZABETH ALZATE** en la vivienda de **JAIME ALBERTO MUTIS**, situación que no entendían al rompe. Esta confesión, dicen las declarantes, les permite seguir manteniendo su relación de pareja con el ahora demandado y abrirle las puertas de sus casas y el acceso a sus familias, con la tranquilidad de la que hablan en su dicho. Esta confesión abarca el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2016.

9. Así las cosas, al compartir la vivienda no hay la cohabitación ni la voluntad de mantener la familia rota con el divorcio o la voluntad de crear una familia de hecho, que son los cargos concretos que se formularon contra la sentencia, sino el cumplimiento de las obligaciones derivadas del divorcio.

Quedan así sustentados los reparos concretos que se numeraron en el inicio de este escrito y que se manifestaron durante la Audiencia de Fallo ante el a-quo, en contra de la providencia que puso fin a la primera instancia, acogiendo parcialmente las pretensiones de la demanda.

Lo anterior lleva al quiebre de la sentencia sin que exista otro argumento para sostener la parte resolutive y así pido que se declare por esta **Honorable Sala** al resolver de fondo la alzada, revocando el reconocimiento de la existencia de la Unión Marital que, de manera limitada en el tiempo, se realizó por el a-quo, **para que, en contrario, esta Honorable Corporación niegue la totalidad de las pretensiones del escrito incoatorio.**

De los Honorables Magistrados, respetuosamente,



JOSÉ FERNANDO QUESADA VANEGAS

C. C. No. 19.092.164 expedida en Bogotá

T. P. No. 15,646 del Consejo Superior de la Jud.