TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, cuatro (04) de agosto de dos mil veinte (2020)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 31 de julio de 2020, según acta interna No. 01)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el **28 de marzo del 2019** por el JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DE BOLIVAR – CAUCA, dentro del PROCESO DE DIVORCIO promovido por JOSÉ DEL CARMEN ALEGRÍA MINA contra FANNY ESPERANZA BURBANO JOAQUI.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES (fs. 9-13 c. ppal.). Mediante demanda radicada el 11 de septiembre de 2018 [1] (fl. 14 c. ppal.), el señor JOSÉ DEL CARMEN ALEGRÍA MINA por conducto de apoderado, solicitó declarar el divorcio del matrimonio civil contraído con la señora FANNY ESPERANZA BURBANO JOAQUI, con la consecuente disolución de la sociedad conyugal, ordenar la liquidación de la misma, disponer que cada uno de los ex – cónyuges tendrán residencia y domicilio separados, y ordenar la inscripción de la sentencia en los folios de registro civil respectivos, sin perjuicio de la condena en costas a la demandada.

Como causal de divorcio invoca la contemplada en el numeral 8° del artículo 154 del C.C., argumentando, que han transcurrido más de 9 años de separación de hecho, sin que haya sido posible reanudar la vida en común de la pareja.

Refiere, que contrajo matrimonio con la señora FANNY ESPERANZA BURBANO JOAQUI mediante escritura pública otorgada el 21 de noviembre de 2008 ante la Notaría Única de Bolívar, unión durante la cual no procrearon hijos, y no adquirieron bienes ni créditos en común.

Que por la labor que desempeña el actor como soldado del Ejército Nacional adscrito al Batallón de Infantería No. 9, la cual le impedía mantener un domicilio estable, un par de días después de la celebración del matrimonio, fue trasladado nuevamente al Departamento de Nariño y posteriormente a diferentes regiones, lugares donde su esposa jamás lo visitó, ni realizó ningún acompañamiento físico

[1] Se asignó inicialmente por reparto al juzgado primero de Familia de Popayán, el cual mediante auto del 17 de septiembre de 2018 (fs. 16-17 c. ppal.) la rechazó por falta de competencia y dispuso su remisión al Juzgado Promiscuo de Familia de Bolívar–Cauca.

ni moral, argumentando que vivía con su familia y no saldría de su ciudad de origen.

Que el domicilio de la demandada está fijado en el municipio de Bolívar (Cauca), mientras que el de él en la ciudad de Popayán, y durante todos estos años, no han tenido contacto alguno.

2. CONTESTACIÓN de la DEMANDA (fs. 34-36 c. ppal.). La señora FANNY ESPERANZA BURBANO JOAQUI [2] por conducto de apoderado, NO SE OPONE a las pretensiones de la demanda, pero señala que fue el demandante quién propició el fracaso del matrimonio, que la última comunicación entre ellos se dio vía telefónica en el año 2017, cuando éste último le pidió un tiempo *"ya que se encontraba saliendo de otra relación sentimental con su actual novia. Por tal motivo la señora FANNY BURBANO tras ser engañada durante muchos años, le solicitó a su esposo el divorcio por mutuo acuerdo, sin embargo el cónyuge se negó a resolver esta causa de forma amigable"*. No formuló excepciones de mérito.

3. DEMANDA de RECONVENCIÓN (fs. 37 a 41 c. ppal.). En ella solicita la señora BURBANO JOAQUI: i) declarar el divorcio del matrimonio civil contraído con el señor ALEGRÍA MINA, siendo éste el cónyuge culpable de dicha ruptura por haber incurrido en las **causales 1ª, 2ª, y 3ª del artículo 154 del Código Civil**, ii) declarar disuelta la sociedad conyugal conformada entre ellos y decretarla en estado de liquidación; iv) fijar una cuota de alimentos a cargo del demandado y en favor de la actora, en valor correspondiente al 35% de la totalidad de los ingresos que aquel percibe, pagaderos dentro de los 5 primeros días de cada mes; y v) condenar en costas al demandado.

Como sustento de sus pretensiones, la señora FANNY aduce, que durante la vida matrimonial el demandado la ha agredido física y verbalmente de forma constante, generándole problemas en su salud mental y física, la abandonó hace aproximadamente nueve años, y de un tiempo para acá se desentendió de sus obligaciones.

Que ella padece diferentes problemas de salud, siendo el más relevante *"la pérdida del tímpano del oído derecho a raíz de una de las fuertes golpizas que le proporcionó el demandante hace algunos años"*.

[2] Notificada personalmente fl. 22 c. ppal.

Que dada su falta de capacidad económica y al hallarse demostrada la causal imputable al demandado, generan en su favor el derecho a exigir una cuota alimentaria, así como la afiliación al sistema de seguridad social en salud como beneficiaria de aquel.

4. CONTESTACIÓN de la DEMANDA de RECONVENCIÓN (fs. 54-61 c. ppal.) A través de su apoderada, el señor ALEGRÍA MINA se opone a que se declare el divorcio con fundamento en las causales invocadas por la reconviniente, y a la cuota alimentaria reclamada, pues insiste que entre ellos se produjo una separación de cuerpos por más de 9 años, y que el mismo siempre cumplió con sus obligaciones familiares y conyugales, al punto, que autorizó por escrito el descuento del 31% de su salario para el sostenimiento de la demandante, como se comprueba con la copia del oficio de fecha 21 de mayo de 2009 por ella aportado.

Señala, que jamás ha incurrido en conductas agresivas físicas ni sicológicas respecto de la señora FANNY, y es por ello que no existe denuncia penal por violencia intrafamiliar en su contra, no hay antecedentes de terapia de pareja, ni diagnóstico médico alguno que dé cuenta de esos supuestos hechos, y para la fecha en que se indica haberse producido la pérdida de capacidad auditiva, el demandado se hallaba en el área de servicio en el Ejército.

Que la propia demandante reconoce que los esposos llevan separados de cuerpos por más de 8 años, tiempo durante el cual ella ha subsistido con sus propios medios, hecho éste que sumado a que el demandado es el cónyuge inocente, arroja la improcedencia de la cuota de alimentos pretendida.

Que las fotografías aportadas por la actora como prueba de la supuesta infidelidad del demandado, no evidencian conductas comprometedoras o una relación extramatrimonial, sino que tan solo muestran el diario vivir con una persona que puede ser una amiga o familiar.

Que tampoco se configura un abandono del hogar por parte del demandado, habida cuenta que el mismo se desempeña como soldado profesional, por lo que desde antes del matrimonio se ha visto sujeto a diferentes traslados, con la imposibilidad de residenciarse en el municipio de Bolívar y cumplir con su trabajo en el Departamento de Nariño, y es la demandante quien se ha negado a acompañarlo.

Que si bien la señora FANNY padece una enfermedad auditiva, la misma puede ser resultado de las afecciones respiratorias que la aquejan (asma), y no hay

prueba que demuestre que aquella presente algún impedimento para trabajar. No propone excepciones de mérito.

5. LA SENTENCIA APELADA. En ella se resolvió: i) Decretar el divorcio del matrimonio civil celebrado entre las partes con fundamento en la causal 2ª del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, por hechos imputables al demandado en reconvención; ii) Declarar disuelta y en estado de liquidación la consecuente sociedad conyugal; iii) Señalar que no hay lugar a la imposición de la obligación alimentaria pretendida por la reconviniente, y por lo tanto cada uno atenderá por sí mismo su propia subsistencia; iv) levantar la medida cautelar que recae sobre el 50% de las cesantías a que tuviera derecho el señor JOSÉ DEL CARMEN ALEGRÍA MINA como miembro activo del Ejercito Nacional de Colombia, y comunicar al pagador de la institución; v) inscribir la sentencia en el folio de registro civil de matrimonio y de nacimiento de cada uno de los ex–cónyuges; y vi) condenar en costas al demandado.

Lo anterior, luego de considerar el funcionario de primer grado, que de acuerdo con lo expuesto en la demanda de reconvención y en el interrogatorio del parte del demandante inicial, los esposos JOSÉ DEL CARMEN ALEGRÍA MINA y FANNY ESPERANZA BURBANO JOAQUÍ se encuentran separados de cuerpos, de hecho, por un lapso que supera ampliamente los dos años, como se indicó en el libelo, sin embargo al haberse presentado demanda de reconvención por causales de divorcio diferentes y presuntamente imputables al señor ALEGRÍA MINA, con pretensión de cuota alimentaria, debe analizarse la responsabilidad de los esposos en la ruptura de la vida en común.

Con relación a la primera causal de divorcio invocada en la demanda de reconvención, esto es, las relaciones sexuales extramatrimoniales del cónyuge, señala el operador judicial, que en los hechos no se ilustra sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que configuran la misma, y de las pruebas practicadas tampoco es posible establecer su ocurrencia.

Frente a la segunda causal atinente al grave e injustificado incumplimiento de alguno de cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales, considera, que de acuerdo con la prueba testimonial y lo expresado por las partes en sus interrogatorios, no se evidencia un abandono del hogar por parte del señor ALEGRÍA MINA, pero si se observa que aquel se alejó de la señora FANNY, y desde su distanciamiento no le brinda ningún tipo de ayuda emocional, económica, afectiva, socorro o lo que ella necesite, los cuales constituyen deberes matrimoniales esenciales, por lo que consideró probada esta causal.

En cuanto a la causal tercera de divorcio, esto es el maltrato del que dijo ser víctima la demandante, refiere, que la misma está llamada al fracaso, dado que las presuntas agresiones que dice la señora FANNY le causó el demandado en el oído, se produjeron mucho antes de contraer matrimonio tal y como lo manifestó la propia afectada en su interrogatorio de parte, al recordar que le fue practicada una cirugía de oído donde le colocaron una membrana aproximadamente en el año 2004 o 2005, sumado al hecho que no existe prueba de alguna denuncia promovida por ella por el delito de violencia intrafamiliar u otra conducta similar del señor Alegría Mina.

Aduce, que si bien se allega una historia clínica del 17 de agosto del año 2017 expedida por la E.S.E. Sur Occidente de Bolívar-Cauca, tal documento da cuenta de que la señora FANNY consultó por una otitis media crónica derecha con intermitente supuración y perforación timpánica, y se remite al especialista otólogo, pero no informa del origen del daño sufrido en el oído, ni tampoco se indica que fuera consecuencia de los supuestos golpes propinados dentro del matrimonio.

Agrega, que atendiendo la prueba decretada de oficio, se allegó por parte de la Fiscalía CAVIF 4 de la ciudad de Popayán, un oficio en el cual se menciona que en contra del señor JOSÉ DEL CARMEN ALEGRÍA MINA se adelanta una indagación por el delito de violencia intrafamiliar siendo víctima la señora NELSY KATHERINE ÁNGULO ARBOLEDA, quien dice ser su compañera sentimental, pero aquello *"es simplemente una indagación, no tenemos a ciencia cierta claro si efectivamente esta señora Nelsy Katherine es la compañera sentimental, no hay una sentencia que así lo mencione o lo declare, o que nos allegue alguna prueba para entrar a determinar si es o no es la nueva pareja o no del señor José del Carmen"*.

De otro lado, con relación a la **cuota de alimentos** que reclama la señora FANNY, al determinarse la culpabilidad del demandado en el rompimiento del vínculo matrimonial con fundamento en la segunda causal de divorcio, advierte el funcionario, que la interesada no acreditó los presupuestos para la fijación de dicha prestación a cargo de su contraparte, como lo son la capacidad económica del obligado y la necesidad de la alimentada, lo primero, en tanto no aportó prueba de los ingresos que presuntamente percibe el demandado, no siendo aplicable la presunción contemplada en el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia, por tratarse de alimentos a favor de una persona mayor de edad, y lo segundo, por cuanto del interrogatorio de parte de la actora en

reconvención y la prueba testimonial, se determina que la demandante no tiene ningún impedimento físico que le impida costear sus propios gastos de subsistencia, hizo un curso de enfermería, y ha venido trabajando en diferentes lugares, inclusive hasta hace un año en el ICBF como la misma lo reconoció, razones éstas por las cuales se deniega esa pretensión.

Por último, señaló que *"se observa que operó la caducidad de las sanciones derivadas del divorcio, respecto de la causal subjetiva invocada dentro de las cuales se encuentra la imposición de una obligación alimentaria toda vez que la demandante contaba con un año para demandar el divorcio por la causal 2 desde que sucedieron los hechos, esto es, a partir del mes de febrero del año 2009, fecha en la cual el demandando abandono a la señora FANNY ESPERANZA BURBANO JOAQUÍ, incumpliendo las obligaciones que la ley le impone como esposo y sin embargo, la señora FANNY no lo hizo dentro de dicho término"*.

Respecto de las medidas cautelares ordenó su levantamiento.

6. La APELACIÓN. La fórmula la contrademandante cuestionando los **numerales tercero y cuarto de la sentencia de primer grado**, bajo los siguientes argumentos:

- El Legislador prevé la imposición de cuota alimentaria como sanción a cargo del cónyuge culpable, y en vista de que en este proceso se decretó el divorcio con fundamento en la causal 2 del artículo 154 del C.C., debía accederse a dicha prestación.

- Señala, que se encuentra demostrado el "estado de necesidad" de la señora FANNY, pues pese a que no se allegó prueba de la pérdida de capacidad laboral, de acuerdo con la historia clínica, si bien la patología que padece no la incapacita totalmente, *"si la perjudica y no le da la suficiente autonomía para poder desempeñarse ampliamente en los cargos en los que pueda estar"*.

Que resulta obvio que por la patología que sufre la demandante en reconvención *"queda incapacitada para poder ejercer una función de la cual derive su sustento de la vida cotidiana"*, y con ello se comprueba la necesidad que tiene la misma de recibir alimentos por parte del señor JOSÉ ALEGRÍA.

- Respecto de la capacidad económica del demandado, dice, que aun cuando no se allegó prueba sobre el valor de sus ingresos, por el solo hecho de tener conocimiento que aquel se desempeña en un empleo público como soldado profesional, se infiere que percibe *"un salario mayor al salario mínimo"*, y por tal razón, cuenta con los recursos para solventar en alguna proporción los

gastos de la señora FANNY como cónyuge inocente, y de esta manera *"alivianar toda la carga y todo lo que tuvo que afrontar en su relación tan dolorosa y dentro del matrimonio"*.

- Por último, expresa su inconformidad frente al levantamiento de las medidas cautelares, toda vez que a continuación de esta acción prosigue el proceso liquidatorio, desconociéndose si el demandado tiene cesantías u otros dineros, y a cuánto ascienden, por lo que las cautelas deben mantenerse hasta la liquidación de la sociedad conyugal.

7. ACTUACION DE SEGUNDA INSTANCIA. Ejecutoriado desde antaño el auto que admitió la alzada y entrado en vigencia el Decreto legislativo 806 del 4 de junio del 2020 [3] se corrió traslado para la sustentación escrita de la apelación presentada y la manifestación que a la misma tuviera el no apelante [4], oportunidad que fue utilizada por las partes en la siguiente forma:

7.1. El apoderado de la apelante reiteró someramente las inconformidades expuestas al presentar los reparos ante el juez de primer nivel, agregando a la sustentación que allí igualmente adelantó, que al manifestar su poderdante requerir de los alimentos y no tener recursos para atender sus necesidades, se configuró una negación indefinida que invierte la carga de la prueba en cabeza del demandado, quien debe acreditar que la reclamante cuenta con soporte económico, aunado a la perspectiva de género, que conmina a salvaguardar sus derechos por ser la parte débil de la relación jurídica.

Así también, frente a su inconformidad por la orden de levantar las medidas cautelares, hizo hincapié en que la misma desprotege su derecho a unos eventuales gananciales.

7.2. En el término de traslado de la alzada, la parte demandada en reconvención no impugnante guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Tal como lo señaló en el fallo impugnado el señor JUEZ PROMISCUO DE FAMILIA DE BOLÍVAR - CAUCA, los presupuestos procesales (competencia, capacidad para ser parte, y demanda en forma), así como la legitimación en la causa, están satisfechos en éste asunto, tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar

[3] Por el cual se adoptaron entre otras, diversas medidas para *"...agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*.
[4] Traslados dispuestos mediante auto de fecha 25 de junio de 2020, en la forma y términos señalados en el Art. 14 del D.L. 806 del 4 de junio de 2020.

lo actuado hasta éste momento ni en primera ni en segunda instancia, ni las partes presentaron alegato alguno en tal sentido.

2. Es además a ésta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia proferida por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del C.G.P., siendo del caso pronunciarse en principio ***"solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante"*** (inciso primero del Art. 328 ibídem), para revocar o reformar la decisión.

Por consiguiente, la determinación del Juez de primer nivel de decretar el divorcio del matrimonio civil celebrado entre las partes con fundamento en la causal 2ª del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, por hechos imputables al demandado en reconvención, y la declaratoria de disolución de la sociedad conyugal por ellos conformada, no serán materia de estudio, al no ser ellos blanco del ataque del impugnante.

3. Los **problemas jurídicos** que compete desatar a esta Sala, acorde con los reparos concretos expuestos por el apelante, se centran en establecer, i) si es procedente acceder a la prestación alimentaria reclamada por la demandante en reconvención, luego de hallarse culpable al demandado de la ruptura del vínculo matrimonial, con fundamento en la causal 2ª del artículo 154 del C.C.; y ii) si el levantamiento de las medidas cautelares dispuesto por el *a quo* se encuentra ajustado a derecho.

4. Para absolver los anotados cuestionamientos, esta Colegiatura efectuará el respectivo análisis jurídico y probatorio de la siguiente manera:

4.1. Conforme se reseñó en líneas precedentes, el *a quo* declaró el divorcio del matrimonio civil contraído por las partes, luego de encontrar acreditado el incumplimiento de los deberes conyugales por parte del señor JOSE DEL CARMEN ALEGRÍA MINA, con lo cual consideró configurada la causal 2ª del artículo 154 del C.C., modificado por el artículo 6 de la Ley 25 de 1992, pero no accedió a la cuota de alimentos deprecada por la cónyuge inocente, pues a su juicio no se hallaba demostrada la necesidad de la alimentaria ni la capacidad del alimentante, y había operado la caducidad de las sanciones derivadas de la declaratoria del divorcio con apoyo en la citada causal.

Es ahí donde radica la inconformidad de la impugnante, quien señala que por el solo hecho de haberse acreditado la culpabilidad del demandado en la ruptura

de la vida en común, consecuencialmente debía imponerse a su cargo la obligación alimentaria. Además asegura, que contrario a lo expuesto por el Juez, de la historia clínica aportada por la señora FANNY sumada su negación indefinida sobre el hecho de no tener recursos para su subsistencia, es viable inferir su "estado de necesidad", y en aplicación de una perspectiva de género, requiere la salvaguarda de sus derechos. Lo anterior, enfatizando igualmente el censor, que por la labor que se sabe desempeña el señor ALEGRÍA MINA como soldado profesional, bien puede presumirse que devenga ingresos superiores al salario mínimo.

4.2. Al respecto sea lo primero precisar, que la causal 2ª del artículo 154 del C.C., modificado por el artículo 6 de la Ley 25 de 1992, atinente al "*grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres*", hace parte de las denominadas causales subjetivas de divorcio, que de acuerdo con la jurisprudencia da lugar al llamado ***"divorcio sanción"***[5], lo cual conlleva, además de la disolución del vínculo marital, la posibilidad "*(i) de que el juez imponga al cónyuge culpable la obligación de pagar alimentos al cónyuge inocente –artículo 411-4 del Código Civil; y (ii) de que el cónyuge inocente revoque las donaciones que con ocasión del matrimonio haya hecho al cónyuge culpable –artículo 162 del Código Civil*"[6].

La jurisprudencia también enseña, que para acceder a la referida prestación alimentaria, además de la culpabilidad del cónyuge demandado, deben concurrir simultáneamente todos los elementos axiológicos de ese tipo de obligación, so pena del fracaso de esa pretensión.

En ese sentido, señala la Corte:

> "*Tratándose de compañeros o de cónyuges* ***al margen de la culpabilidad o del elemento subjetivo que puede imputarse a su conducta para efectos de la terminación de su vida de pareja****, así esa extinción se surta con respecto al vínculo solemne o meramente consensual; sin duda,* ***pueden reclamarse alimentos entre sí, cuando uno de los compañeros o cónyuges se encuentre en necesidad demostrada****, salvo las limitaciones que imponen los casos de "injuria grave o atroz"*
>
> *(…)*
>
> *… en todo caso,* ***esa obligación alimentaria reclama axiológicamente, demostrar: 1. La presencia de un vínculo jurídico sea de carácter legal (el parentesco) o de naturaleza convencional, 2. La demostración de la necesidad del alimentario, en cuanto quien los pide no tiene lo necesario para su subsistencia; y 3. La correspondiente capacidad del alimentante****; de modo que si están demostrados estos elementos estructurales, reclamar otras exigencias o requisitos diferentes, se obstaculiza el ejercicio de tan esencial derecho subjetivo.*

[5] Corte Constitucional sentencia C-985-10
[6] Ibídem 3.

Dentro de este esquema, ***el acreedor o alimentario es quien no está en capacidad de procurarse por sus medios la propia subsistencia****; el deudor o alimentante es la persona que debe sacrificar parte de su patrimonio para garantizar el desarrollo y supervivencia del alimentario"*[7] (Resaltado fuera del texto).

Bajo esa línea de pensamiento, se descarta el planteamiento del apelante referente a la imposición de la obligación alimentaria exclusivamente bajo el supuesto de la culpabilidad de uno de los cónyuges, pues como acaba de verse, para acceder a tal pedimento, debe igualmente acreditarse la ***"necesidad del alimentario"*** y la ***"capacidad del alimentante"***.

4.3. Frente al primer elemento, entendido como la **carencia de lo indispensable para su subsistencia**, la Sala advierte que la señora FANNY BURBANO expresó en su interrogatorio de parte que cuenta con 51 años [8] (hoy 52 años), cuenta con capacitación como ***"técnico en enfermería",*** vive en casa de su progenitora, junto con ella, sus hermanos y sus dos hijas [9], ha venido desarrollando actividades laborales ***"normalmente"***, y precisamente por el abandono que se le atribuye al cónyuge ALEGRÍA MINA, **no ha dependido económicamente de él.**

Fue insistente en señalar que sufre de un problema de oído, que de acuerdo con el especialista tratante *"está perdido el oído en una gran parte"*, y que esa condición puede agravarse y afectarla en sus actividades laborales, sin embargo, de la copia de la historia clínica por ella aportada (fs. 42-44 c. ppal.), escasamente se desprende, que ha sido diagnosticada con *"otitis media crónica derecha con intermitente supuración y perforación timpánica"*, por lo cual requiere de valoración por *"otólogo"*, pero **nada se informa sobre las secuelas de dicha patología, como tampoco respecto de la presunta disminución o pérdida de su capacidad para trabajar, o la presencia de algún impedimento físico o mental para desarrollar cualquier labor**, es más, ni siquiera se acompañó el concepto del especialista en la materia, y los testigos no contribuyen a esclarecer dichas aseveraciones.

No puede perderse de vista, que al tratarse de una cuestión médica de cuyo conocimiento es ajeno el operador judicial, la labor probatoria de la parte interesada no puede limitarse al acompañamiento de la historia clínica, pues mal haría el Juzgador en plegarse únicamente del contenido de ese documento, para emitir una conclusión sobre tal aspecto.

---

[7] CSJ STC6975-2019, 04 jun. 2019, rad. No. 11001-02-03-000-2019-00591-00 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
[8] Nació el 18 de febrero de 1968
[9] Al ser indagada por el Juez por el nombre del progenitor de sus hijas señaló: *"de la mayor se llama Jimmy Hernando López y a la otra la menor se llama Ciro Olmedo Silva Calvache"*.

Síguese de lo dicho, que ante la falta de otros medios suasorios que respalden las manifestaciones de la cónyuge inocente en aquello que le beneficia –como lo es la posibilidad de que su condición de salud empeore-, otorgarle valor probatorio al interrogatorio de parte por ella rendido, *"sería tanto como permitirle fabricar su propia prueba en favorecimiento de sus intereses, postura que riñe con los principios del régimen probatorio imperante"* [10].

En ese sentido, explica la Corte:

"En múltiples ocasiones la Sala ha explicado que son disímiles la declaración de parte y la confesión, por lo tanto el juzgador no puede confundirlas. Así, en SC9072-2014, rad. 2007-00601-01, se reiteró,

(…) no puede confundirse la confesión con la declaración de parte, habida cuenta que "la confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio del cual se intenta provocar la confesión judicial… En consecuencia, ***la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario o, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba"*** *(sentencias de 13 de septiembre de 1994, 27 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2002, entre otras)* - SCC de 25 de marzo de 2009, rad. 2002-00079-01"[11] (Resaltado fuera del texto).

4.4. Ante ese escenario, esta Colegiatura advierte, que aun cuando la señora FANNY dijo hallarse desempleada para la fecha del interrogatorio de parte, ello no basta para tener por acreditada su falta de capacidad para procurar su subsistencia, como tampoco resultan suficientes las supuestas negaciones indefinidas a las que hace alusión su apoderado en la sustentación de la alzada, sobre la necesidad de la pretensa alimentaria, toda vez que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, **la demandante aún se halla en una edad productiva, en ningún momento ha dependido económicamente del señor ALEGRÍA MINA, cuenta con preparación técnica que le permite acceder a ofertas laborales, no están menguadas sus capacidades físicas ni mentales, o al menos nada de eso está acreditado en el legajo, y tampoco se evidencia que se halle en un estado de total desprotección, en tanto vive bajo el mismo techo con su progenitora y hermanos.**

De igual manera, la Sala no encuentra razones válidas para intervenir adoptando medidas de protección con fundamento en una "perspectiva de género" en

[10] CSJ **SC837-2019**, 19 mar. 2019, rad. No. 11001 31 03 013 **2007 00618** 02 MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque.
[11] Ibídem 5.

favor de la señora FANNY, puesto que, el divorcio decretado por el Juez de primer nivel tuvo como sustento una causal distinta al maltrato o violencia intrafamiliar, determinación ésta, que valga reiterar, no le mereció inconformidad alguna al aquí apelante, y en todo caso, tampoco se encuentra demostrado en el plenario alguna circunstancia particular o especial que amerite acceder a lo solicitado por el impugnante.

Además, en cuanto a la afiliación en salud, según consulta efectuada en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, se verifica que la señora FANNY **se hallaba vinculada al régimen contributivo en calidad de "cotizante" en la NUEVA EPS y de manera relativamente reciente pasó al régimen subsidiado con la misma EPS** [12], por lo que tiene garantizada la prestación de servicios médicos y la atención en salud.

Por último, en lo que concierne a la presunta condición de la señora FANNY como madre cabeza familia de dos hijas[13] cuyas edades se desconocen, no debe olvidarse, que según las particularidades del caso, la interesada puede reclamar a los progenitores de aquellas el derecho de alimentos en favor de sus hijas, siempre que se satisfagan los requisitos legales para el efecto.

4.5. Así las cosas, al no hallarse demostrada la necesidad de la alimentaria, resulta inoficioso enfrascarse en el estudio de los demás presupuestos para acceder a la prestación reclamada, pues de acuerdo con la jurisprudencia, ***"como los tres elementos axiológicos de la obligación alimentaria deben concurrir simultáneamente, LA FALTA de todos o DE ALGUNO DE ELLOS TORNA NUGATORIA LA RESPECTIVA ACCIÓN"*** [14].

De ahí, y sin que sea necesario ahondar en los demás reparos del apelante, por sustracción de materia, se responde negativamente el primer problema jurídico propuesto, en el sentido de señalar, que no es procedente imponer la obligación alimentaria a cargo del señor ALEGRÍA MINA, y en lo que a ello concierne se confirmará la sentencia apelada.

Lo anterior, aclarando en todo caso, que la presente determinación no implica que se comparta o no las apreciaciones del *a quo* en cuanto a la capacidad del alimentante y la caducidad de las sanciones por la declaratoria del divorcio con

[12] Consulta realizada a la fecha de elaboración del proyecto
[13] **Hijas no comunes con el señor ALEGRÍA MINA**
[14] CSJ **STC10829-2017**, 25 jul. 2017, rad. No. 11001-02-03-000-**2017-01401**-00 MP. Luis Armando Tolosa Villabona

apoyo en la causal 2ª del artículo 154 del C.C., temas éstos que no serán objeto de análisis en esta oportunidad.

4.6. Por otro lado, en cuanto a la inconformidad de la apelante respecto al levantamiento de las medidas cautelares, debe decir la Corporación, que le asiste la razón, toda vez que, al tenor del **numeral 3° del artículo 598 del C.G.P.**, las medidas cautelares que se hayan decretado y practicado con ocasión del proceso de divorcio sobre bienes que puedan ser objeto de gananciales, "*se mantendrán hasta la ejecutoria de la sentencia; pero si a consecuencia de esta fuere necesario liquidar la sociedad conyugal o patrimonial, continuarán vigentes en el proceso de liquidación. Si dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que disuelva la sociedad conyugal o patrimonial, no se hubiere promovido la liquidación de esta, se levantarán aun de oficio las medidas cautelares*".

De tal suerte que, habiéndose decretado el embargo y retención de las cesantías a las que tuviere derecho el señor ALEGRÍA MINA, y en vista de que se disolvió y ordenó la liquidación de la sociedad conyugal conformada con la señora BURBANO JOAQUI, contrario a lo dispuesto por el Juez de primer nivel, **esa cautela debe permanecer vigente al menos por el término señalado en la citada norma**, y en consecuencia, se revocará el numeral cuarto de la decisión atacada.

4.7. Al tenor del numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas de esta instancia a la demandante en reconvención aquí apelante, pues además de no haberse causado en favor de su contraparte por este estanco procesal, tampoco se configuran los supuestos de los numerales 3 y 4 ibídem (al no haber sido ni confirmada, ni revocada en todas sus partes la sentencia apelada).

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 28 de marzo del 2019 por el JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DE BOLIVAR – CAUCA, dentro del presente asunto.

En su lugar se dispone mantener vigentes las medidas cautelares que acaso se hayan decretado y practicado al interior del presente proceso, hasta por el término previsto en el numeral 3° del artículo 598 del C.G.P.

Segundo: Confirmar en todo lo demás la decisión apelada.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

Cuarto: Devuélvase el expediente al despacho de origen. Déjense las constancias del caso en el Sistema Justicia S. XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.