

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL FAMILIA
NOTIFICACION POR ESTADOS
Art .295 C.G.P



Nro .de Estado 0142

Fecha 29/08/2022
Estado:

Página: 1

| Nro Expediente | Clase de Proceso | Demandante | Demandado | Observacion de Actuación | Fecha Auto | Cuad | FOLIO | Magistrado |
|-------------------------|------------------|---------------------------|-----------------------------------|--|------------|------|-------|------------------------------|
| 05034318400120190000801 | Verbal | DIVO FRANCO SANTO DOMINGO | VIVIANA ANDREA MONTOYA CASTRILLON | Sentencia confirmada CONFIRMA SENTENCIA APELADA. COSTAS EN ESTA INSTANCIA A CARGO DE LA PARTE DEMANDANTE. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 29 DE AGOSTO DE 2022. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia/132 | 26/08/2022 | | | CLAUDIA BERMUDEZ CARVAJAL |
| 05615310300220130001701 | Ordinario | DIANA MILENA GOMEZ MORENO | NANCY PATRICIA VALENCIA GOMEZ | Auto pone en conocimiento REQUIERE A LAS PARTES PARA QUE COMUNIQUEN SI NECESITAN PIEZAS PROCESALES. NOTIFICADO EN ESTADOS ELECTRÓNICOS DEL 29 DE AGOSTO DE 2022. VER ENLACE https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-antioquia-sala-civil-familia/132 | 26/08/2022 | | | OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA |


LUZ MARÍA MARÍN MARÍN

SECRETARIO (A)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Medellín, diecinueve de agosto de dos mil veintidós

| | |
|------------------------|--|
| Sentencia N°: | P-034 |
| Magistrada Ponente: | Claudia Bermúdez Carvajal |
| Proceso: | Verbal- Privación Patria Potestad |
| Demandante: | Divo Franco Santo Domingo |
| Demandado: | Viviana Andrea Montoya Castrillón |
| Origen: | Juzgado Promiscuo de Familia de Andes |
| Radicado 1ª instancia: | 05034-31-84-001-2019-00008-01 |
| Radicado interno: | 2019-00328 |
| Decisión: | Confirma sentencia impugnada |
| Tema | De la larga ausencia prevista en el artículo 310 del C.C., como causal para la suspensión de la patria potestad de la madre respecto de su hijo. |

Discutido y aprobado por acta N° 255 de 2022

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Andes, el 16 de octubre de 2019, dentro del proceso Verbal de PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD instaurado por DIVO FRANCO SANTO DOMINGO en contra de VIVIANA ANDREA MONTOYA CASTRILLÓN, a fin que esta última sea privada de la patria potestad que ejerce sobre el menor MAXIMILIANO FRANCO MONTOYA.

1.- ANTECEDENTES

1.1. De la demanda

Mediante escrito presentado el 10 de enero de 2019 ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Andes, el señor Divo Franco Santo Domingo, promovió demanda verbal de Privación de patria potestad en contra de la señora Viviana Andrea Montoya Castrillón, madre del menor Maximiliano Franco Montoya, tendiente a que se efectuaran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Declarar la terminación definitiva del derecho al ejercicio de la patria potestad que la señora VIVIANA ANDREA MONTOYA

CASTRILLÓN tiene sobre su hijo menor, MAXIMILIANO FRANCO MONTOYA, por haber incurrido en una larga ausencia con respecto de su hijo en los términos del artículo 310 y en la 2ª causal del artículo 315 del Código Civil, sobre abandono total de sus obligaciones en su calidad de madre.

SEGUNDA: *Se Declare el otorgamiento exclusivo, y de manera definitiva el derecho al ejercicio de la patria potestad de MAXIMILIANO FRANCO MONTOYA, y a favor de DIVO FRANCO SANTO DOMINGO, en mi calidad de padre del menor.*

TERCERA: *Se Declare el otorgamiento exclusivo, y de manera definitiva el derecho a administrar los bienes, el usufructo y las salidas del país de MAXIMILIANO FRANCO MONTOYA, y a favor de DIVO FRANCO SANTO DOMINGO, en mi calidad de padre del menor.*

CUARTA: *Se ordene la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento del menor.*

QUINTA: *Se condene en costas y agendas en derecho a la demandada".*

La causa factual se compendia así:

El menor, Maximiliano Franco Montoya, hijo del suplicante, nació el 08 de agosto de 2016, en el municipio de Salgar - Antioquia, manifestando el actor que desde dicha calenda y hasta la fecha de la demanda, ha "*sido diligente, con el ajuar de recién nacido, vestuario en general, cuota alimentaria, y acompañamiento Sico afectivo, etc*".

"Desde recién nacido, y hasta los siete meses de edad de MAXIMILIANO, la señora VIVIANA ANDREA MONTOYA CASTRILLON, delegó por completo los cuidados de su hijo, en la abuela materna, la señora MATILDE CASTRILLON".

A raíz de un acuerdo conciliatorio celebrado el día 17 de marzo de 2017, el demandante acordó convivir con la accionada para apoyar en la crianza del menor, convivencia que duró hasta el 17 de julio de 2018, fecha en la cual se terminó la relación entre ambos.

En otro escenario conciliatorio, llevado a cabo el 28 de septiembre de 2018, en la Comisaria de Familia de Salgar, se llegó a los siguientes acuerdos:

"La Custodia: *Asumida por el padre.* - **Cuidado personal y residencia:** *Asumida por el padre, residencia Jardín Ant.* - **Visitas:** *La madre podrá ver y compartir con su hijo cada vez que lo desee."*

"Cuota alimentaria a favor de MAXIMILIANO FRANCO MONTOYA: *Aportan ambos padres la suma de setenta mil pesos (\$70.000) mensuales, incrementados cada año en enero con el IPC.* - **Salud:** *La afiliación al sistema de salud y demás gastos de medicamentos, tratamientos, hospitalizaciones, vacunas y exámenes, que no cubra el POS, serán asumidos por ambos padres en un 50%.* - **Educación:** *(Útiles, uniformes, matriculas, restaurante, transporte escolar), serán asumidos por ambos padres en un 50% cada uno."*

Desde el 17 de julio de 2018, el menor ha estado con su progenitor de manera permanente y hasta la fecha de presentación de la demanda; mientras que la madre durante dicho interregno *"solo ha visto a su hijo en una sola oportunidad de un día para otro, esto fue a mediados de noviembre de 2018"*, adicionalmente, pese a que *"VIVIANA ANDREA, se comprometió a hacer un pago mensual de alimentos a favor de su hijo de \$70.000 mensuales y aportar en cuestión de gastos extras en concepto de salud, solo realizó una consignación por este valor el día 04 de noviembre de 2018"*.

Durante la convivencia de los progenitores, la señora Montoya Castrillón demostró poco interés por el menor, situación que sustentó en que:

- a. Desde los seis meses de edad dejó de darle leche materna, pese a la insistencia del demandante, para que lo hiciera hasta los 11 meses de edad.
- b. Desde los siete meses de edad del menor, la demandada *"insistió en meterlo a una guardería, para ella poder trabajar y estudiar, a lo que le manifesté que sí, apenas el niño cumpliera tan solo los tres (3) años de edad"*.
- c. La llamada a resistir *"mostró no ser afectiva, poco cariñosa, raras veces lo cargaba, no jugaba con él, ni le decía palabras cariñosas, ni de afecto y lo castigaba todo el tiempo severamente (le pegaba) por cualquier cosa"*.

A mediados de octubre de 2018, el actor le solicitó a la señora Montoya Castrillón que firmara un permiso para salir del país de vacaciones con el menor, solicitud que fue negada por la progenitora.

"VIVIANA ANDREA MONTOYA CASTRILLON, ha incurrido en una larga ausencia con respecto de su hijo menor, en los términos del artículo 310 y en la 2ª causal del artículo 315 del Código Civil, sobre abandono total de sus obligaciones en su calidad de madre".

1.2. De la actuación procesal en primera instancia hasta antes de proferir sentencia

La demanda fue inadmitida mediante auto del 16 de enero de 2019 y una vez subsanados los requisitos exigidos para adecuar la demanda a derecho, esta fue admitida por proveído del 28 de enero de tal anualidad, en el que además se dispuso notificar personalmente a la convocada, conforme a los artículos 291 y siguientes del CGP y correr el respectivo traslado, así como se ordenó citar a los parientes del menor Maximiliano Franco Montoya conforme al artículo 61 C.C. en armonía con los arts. 395 y 292 del CGP (fl. 30 fte. y vto. C-1).

La accionada se notificó personalmente del libelo genitor el día 19 de febrero de 2019 (fl. 38 íbidem) y de manera posterior deprecó ante el Juzgado de conocimiento, la concesión de la figura de Amparo de Pobreza, la cual le fue reconocida mediante proveído de calenda 13 de marzo de 2019 (fl. 40 íbidem), designándose a la Dra. Eliana Patricia Posada Saldarriaga, como su apoderada judicial en amparo de pobreza.

La citada profesional del derecho procedió a pronunciarse sobre los hechos de la demanda, como se avizora a fls. 42 a 44 del C-Ppal, señalando que, desde que la accionada tenía cuatro (4) meses de embarazo debió abandonar el lugar de cohabitación con el demandante, por cuanto este último le impidió el ingreso al bien, razón por la cual la señora Viviana Andrea regresó a su hogar materno, donde nació el menor Maximiliano Franco Montoya y vivieron allí hasta los ocho (8) meses de edad.

"Para la fecha del embarazo la hoy demandada, tenía 17 años de edad, estaba terminando sus estudios de secundaria, su embarazo de alto riesgo impidió la terminación oportuna de su año escolar, es una mujer que no cuenta con apoyo económico para velar por su hijo, por este motivo acordó con el padre del menor la custodia temporal, mientras ella conseguía donde trabajar y un lugar adecuado para vivir para ella y su hijo. Es parcialmente cierto el cuidado personal, ello en razón a que la madre aporta para ello la suma de SETENTA MIL PESOS MENSUALES (\$70.000) desde el mes de noviembre del año 2018 hasta hoy; frente a las visitas aunque se pactaron con liberalidad, el padre obstruye el derecho de la madre al impedir acordar con la madre, la fecha, lugar y hora de las mismas, pues cuando ésta le llama para acordar el día de visita, el señor Divo Franco Santo Domingo, padre del menor, se niega a contestar el teléfono celular y si la señora madre del menor se desplaza a visitar a su hijo sin avisar, el padre del menor no autoriza el ingreso de la madre al lugar de visita.

Frente a la cuota alimentaria es el mismo demandante quien aporta consignaciones de la madre a la cuenta de ahorros de Bancolombia, número 61406591891 a nombre de Divo Franco Santo Domingo, por valor de SETENTA MIL PESOS MENSUALES desde la fecha de la conciliación a hoy, desvirtuando así la afirmación del actor".

Al referirse al supuesto poco interés frente al menor de edad, indicó que las afirmaciones están fuera de contexto, pues *"la madre no produjo buen alimento materno, lo que de suyo la obligó a alimentar al menor con fórmula médica por su bienestar, así mismo la madre tiene derecho a educarse, a trabajar y a ser un apoyo para su hogar sin que requiera autorización del esposo o ese acto la convierta en una mala madre, hoy los niños ingresan a la guardería a los seis meses. Frente al supuesto maltrato no existe denuncia contra la madre lo que de suyo se convierte en una apreciación personal del padre".*

Finalmente indicó que es falso que se haya dado una larga ausencia por parte de la demandada, pues ella se ausentó en el mes de noviembre de 2018 y la demanda se presentó en enero de 2019, *"(3 meses) ello a fin de obtener un trabajo y un lugar para habitar con su hijo, segundo, la madre provee a los alimentos del menor, tercero, la madre visita y se preocupa de su hijo".*

Consecuencialmente, señaló oponerse a todas y cada una de las pretensiones porque la madre nunca ha incurrido en las causales del artículo 310 del Código Civil, ni en las consagradas en el artículo 315 de la misma codificación, siendo lo debido que la patria potestad continúe ejerciéndose de manera compartida.

El 1º de agosto de 2019 se celebró la audiencia inicial consagrada en el artículo 372 del C.G.P., diligencia donde se agotaron las etapas procesales de conciliación, interrogatorio de las partes y se dio apertura a la etapa probatoria, en la que se practicaron los testimonios solicitados por las partes y se suspendió la diligencia, al quedar pendientes otros medios probatorios.

El día 16 de octubre de 2019, el judex, adelantó la etapa relativa a la fijación del litigio, ocasión en la cual el demandante concretó su pretensión en la declaratoria de suspensión de la patria potestad, conforme a la causal prevista en el artículo 310 del C.C., consistente en la larga ausencia de la madre, y no en la privación de la misma, situación que no tuvo reparo por el extremo pasivo, también se efectuó el control legalidad y finalmente se concedió a las partes la oportunidad de presentar sus alegaciones finales, oportunidad aprovechada por los ambos extremos litigiosos, así:

El extremo activo (minuto 29:30 a 42:30), quien es abogado y actúa en causa propia, aludió a que el único interés en el proceso ha sido la defensa de su hijo, al considerar que corre peligro con su propia madre, señalando que en primer lugar la demandada no es una mujer afectuosa con el menor, siendo bastante tosca, lo cual le evidenciaron los vecinos en su momento, incluso el arrendador del apartamento donde vivían en el municipio de Jardín, quien le comentó sobre maltratos.

Adicionalmente alegó que la convocada era descuidada con el aseo y manutención del menor al estar noches enteras sin cambiarle el pañal, situación que, al ser reclamada por el convocante, ello terminaba en discusiones.

Indicó que la accionada alegaba que el suplicante no merecaba, pero lo que realmente ocurría era que aquella no sabía o no le gustaba cocinar y "*cuando*

cocinaba hacía una olla de agua con una papa nadando sin sal” y esa era la comida que le daba al menor, sin que se dejara enseñar.

Que igualmente otra vecina, quien tiene una peluquería al frente de la casa de la pareja, le indicó que Viviana Andrea le pegaba mucho al infante, que era una tirana y desentendida por completo de su hijo. En general centró su alegato, en mencionar diferentes episodios de maltrato de la aquí reclamada frente a su menor hijo y alto grado de desentendimiento respecto del mismo.

Posteriormente, aludió a que desde que se dejó con la llamada a resistir, concretamente desde el 17 de julio de 2018 hasta la fecha de su notificación, 11 de febrero de 2019, ella desapareció, iterando que es una madre desprendida, fría y tosca, lo que se erige en un peligro para el menor.

Por lo demás el pretensor siguió narrando varios episodios de violencia por parte de la señora Montoya Castrillón, para con su hijo Maximiliano, insistiendo en que ella constituye un peligro para el mencionado menor. Añadió que la aquí resistente solo llama a preguntar cómo está el hijo, pero no acude si está enfermo, se comprometió a pagar medicamentos que estuvieran por fuera del plan de salud y no lo ha hecho, *"las dos o tres veces que lo ha visto llega a revisarlo, a ver cómo está, que sí está gordito y ella nunca va a darle los alimentos, el niño se enferma y no va y lo lleva al hospital"*.

Por su lado, la apoderada de la **parte demandada** (minuto 42:40 a 53:30) señaló que *"efectivamente, se determinó dentro de la fijación del litigio que se iba a demostrar la larga ausencia en la que había incurrido la señora Viviana, en ningún momento se ha puesto en tela de juicio las características personales e individuales de la señora Viviana, de modo tal que cuando se habla de que es una persona tosca, fría, desapegada y que es un lobo vestido de oveja, en ningún momento se está haciendo alusión a las características que pueden considerarse para una larga ausencia, muy por el contrario, hablan de sus características individuales y personales"*.

"En igual sentido manifiesta el señor abogado, padre del menor, que en muchos eventos se ha quedado incluso hasta mediodía viendo El Chavo y teniendo a su hijo cerca, cosa que entonces puede demostrarse que en

muchas ocasiones y hasta medios días, la madre compartía con el hijo viendo El Chavo; no pusimos en tela de juicio, toda vez que lo que tenía que ver o acreditarse con los pagos y las obligaciones como padre deberían fijarse en este momento, pero el abogado habla de que ella manifestó que no mercaba, que ella ponía una olla con agua y con una papa con sal, cosas que hablan del actuar y del hacer diario de una mujer, no de la larga ausencia con su hijo, porque al parecer eso era lo que ella les ofrecía, por consiguiente estaba compartiendo un tiempo, un espacio y un alimento”.

En lo referente a la causal invocada por el demandante, su contraparte, a través de la abogada designada en amparo de pobreza, replicó: *“manifiesta el doctor Divo que la señora Viviana ha estado desaparecida desde la fecha de la demanda, situación que se contrapone a la manifestación que hace que la señora Viviana fue a verlo el día 8 de agosto, día del cumpleaños del menor y que posteriormente lo llama y le averigua por el hijo, situación que se confirma cuando él hace el envío de los documentos; ahí estaríamos demostrando entonces que la larga ausencia no se ha configurado, toda vez que la última visita y llamada se hizo el día del cumpleaños del menor, 08 de agosto”.*

Iteró la togada que las *"expresiones del doctor Divo que la señora Viviana es una mujer tirana, con su hijo y que lo maltrataba, deberíamos estar entonces ante un proceso penal de violencia intrafamiliar y no de larga ausencia, porque si efectivamente lo gritaba o lo maltrataba, según las palabras del doctor Divo, era porque ella estaba en presencia de su hijo, uno no maltrata físicamente y verbalmente a quien no tiene al frente, puede que lo lastime con comentarios, pero fue enfático, el señor Divo al decir que, comportamientos como estos los asumía la señora Viviana de manera constante y prolongada en el tiempo”.*

Arguyó que de lo demostrado en el proceso se evidencia que la señora Viviana ha permanecido a pesar de las dificultades, en constante contacto con el menor, y en ese orden de ideas, y basados en las pruebas decretadas y practicadas, solicitó que *"no se suspenda y mucho menos por la larga ausencia, la patria potestad a la señora Viviana, toda vez que ha hecho los actos necesarios, y más que necesarios, por tratar de tener el cuidado, la visita, la compañía, el conocimiento del estado de salud y de vivienda con*

respecto al menor, de lo contrario, estaríamos en un litigio más de intereses amorosos y no fue a eso a lo que fuimos llamados”.

1.3. De la sentencia de primera instancia

Evacuado el trámite, el *A quo* dictó sentencia en la misma calenda, esto es, 16 de octubre de 2019, en la que decidió:

"PRIMERO: *NO DECRETAR LA SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD a la señora VIVIANA ANDREA MONTOYA CASTRILLON, identificada con la cedula de ciudadanía 1.027.881.987, con relación a su hijo MAXIMILIANO FRANCO MONTOYA, por cuanto no se encuentra demostrada la causal de "larga ausencia".*

SEGUNDO: *Se condena en costas a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000,00.*

TERCERO: *ORDENAR el archivo del expediente, una vez opere la ejecutoria de esta providencia, previo registro en los libros radicadores del Despacho”*

Para arribar a tal determinación, el *judex* luego de referirse a los hechos de la demanda y su contestación, la actuación procesal y las pruebas practicadas, señaló que *in casu* no se encuentra demostrada la causal invocada para suspender la patria potestad ejercida por la llamada a resistir, toda vez que el peticionario no logró probar la larga ausencia de la madre para con su hijo, Maximiliano Franco Montoya.

Al respecto, el *A quo* advirtió que *"la causal de larga ausencia se configura cuando el padre o la madre desaparece o se ausenta de su entorno habitual sin ninguna explicación; mientras que el abandono debe entenderse como una situación total que se evidencia en no cuidarlo, protegerlo, cumplir con los deberes de manutención u otras prácticas legales. No basta entonces el incumplimiento de ciertas obligaciones, por grave que sean, para separar al padre o la madre de aquellas facultades definitivamente, se requiere que la sustracción de sus deberes como progenitor o progenitora sea absoluta, tanto en lo económico como en lo afectivo"* (minuto 15:47 a 16:17).

Así las cosas, al descender al análisis del caso concreto, luego de hacer un extenso recuento de los medios probatorios debidamente adosados al proceso, el *iudex* precisó que el asunto se concreta a verificar, si en efecto, el pretensor había logrado demostrar los supuestos fácticos aducidos para lograr que su pretensión saliera adelante, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código del proceso. Al respecto señaló que todas las pruebas en el presente asunto, esto es, la testimonial, los interrogatorios de parte y la documental, *"apuntan a demostrar que la madre, aunque con algunas deficiencias producidas más por la situación económica y los problemas con el padre del menor, que por su propio capricho, no se ha sustraído totalmente de sus deberes de madre y lo ha hecho en lo afectivo, en la parte que le ha sido posible, por las circunstancias que la llevaron a trasladarse a la ciudad de Medellín, a fin de obtener su sustento, habida cuenta que en virtud de la separación del demandante se vio en la necesidad de conseguir un empleo, y que en razón a que el demandante no le contestaba al teléfono y se mantenía viajando entre Jardín y Salgar con el niño a costas, se le hacía casi imposible hacerle un seguimiento para saber en qué momento, lugar y hora podría ver a su hijo"* (minuto 34:20 a 35:04)

Sobre el particular, el *A quo* precisó que basta con escuchar las declaraciones y los interrogatorios de ambas partes para entender que fueron los problemas con el pretensor, los que generaron la falta de comunicación directa con el menor; así como también que los argumentos expuestos por el actor en los alegatos de conclusión están dirigidos única y exclusivamente a cuestionar la idoneidad y moralidad de la madre, más no su larga ausencia, hechos que incluso, no fueron consignados desde el libelo genitor, tales como, maltratos físicos y de palabra ejecutados por la llamada a resistir frente a su menor hijo, situación que eventualmente podría configurar la causal de suspensión prevista en el numeral primero del artículo 315 del C.C., más no la invocada en el libelo genitor, es decir, la larga ausencia.

Concluyó el *iudex* que con el interrogatorio de parte y los testimonios allegados, la parte actora no logró acreditar las circunstancias que tipifican la causal alegada, puesto que no probó que la señora Viviana Andrea Montoya Castrillón hubiera, deliberadamente y conscientemente, abandonado su hijo o presentado una larga ausencia para con él, pues la separación con el niño

fue desde la audiencia de conciliación del 28 de septiembre de 2018, en donde la custodia y cuidado personal quedó radicada en el progenitor y obviamente, al quedar en cabeza tal custodia del suplicante, es lógico que al mismo tiempo la accionada no pudiera hacerlo, máxime que la señora Viviana Andrea accedió a tal conciliación porque se encontraba laborando en la ciudad de Medellín, pero nunca renunció a visitar a su hijo, a más que en la misma acta de conciliación se observa que la madre quedaba facultada para visitar al infante, las veces que quisiera.

Adicionalmente, el Juez de primera instancia resaltó que la demanda fue presentada el día 10 de enero del 2019, habiendo pasado tan sólo tres meses desde la separación de la reclamada con su menor hijo, lo que no puede catalogarse como una larga ausencia, puesto que la causal invocada debe entenderse como una situación total que se evidencia en no cuidarlo, protegerlo, cumplir con los deberes de manutención y otras prácticas legales, sin que ello se vislumbre dentro de la presente actuación, donde la madre reside en la ciudad de Medellín y ha tratado de frecuentar a su hijo en el municipio de Jardín, siendo el padre, aquí accionante, quien le ha impedido materializar dichos encuentros, situación debidamente probada con los testimonios recibidos en el trámite procesal y en especial por la Comisaria de Familia de Salgar, quien dio cuenta del reclamo elevado por la convocada sobre el impedimento que le ha sido desplegado por el progenitor para ver al niño.

Asimismo, el Juez de la causa señaló que *"entre los padres del niño se ha presentado una relación sentimental en circunstancias de debilidad manifiesta respecto de la madre, como quiera que la situación de poder del padre se hace evidente en el interrogatorio rendido por aquella, toda vez que la misma expone que él ostentando la calidad de parte fuerte de la relación, ya sea por su edad, la cual duplica la de la demandada, lo que hace suponer para el común de las personas que, sería él el que guiara a la demandada en su rol de compañera y madre, amén, de su superior capacidad económica, le pretendía imponer un estilo de vida sometido a su absoluto querer, violentando la independencia personal de esta, en el sentido de ser capaz de determinar un número de hijos que quisiera tener, no los que les quería imponer su excompañero, como también querer impedirle su desarrollo*

personal, es decir, a que estudiara y se pudiera realizar como persona".
(minuto 37:29 a 38:09)

"En vista de todo lo anterior y ante la ausencia de la causal invocada, se desprende que la señora Viviana Andrea Montoya Castrillón no se encuentra incurso en la causal alegada, contemplada en el artículo 310, como fundamento de la suspensión de la patria potestad, o sea, la larga ausencia, sin observarse vulneración alguna de los derechos del niño Maximiliano Franco Montoya, razón por la cual no prosperará la suspensión de la patria potestad, que respecto de él tiene la demandada". (minuto 39:02 a 39:24)

1.4. De la Impugnación

Inconforme con la sentencia, la parte actora, se alzó contra la misma y expuso sus reparos, así:

i) La madre no justificó, efectivamente, la razón de su ausencia, inicialmente desde el 17 de julio de 2018 hasta que se notificó la demanda, pues lo único que arguyó fue una larga jornada de trabajo, lo cual, a criterio del recurrente, no es entendible, debido a que *"el Código Laboral y Sustantivo del Trabajo manifiesta que la hora máxima laboral es de 48 horas y máximo 2 horas extras de trabajo; entonces no entiendo, pues manifiesta que su jornada sea de tres meses o de siete meses; me parece muy extraño que la madre manifieste que no ha tenido tiempo de ver a su hijo durante ese largo tiempo, siete u ocho meses, tres meses, dos meses, eso no se justifica, pese a que nunca le he negado a su hijo"* (minuto 42:40 a 43:16).

ii) De otro lado, el sedicente señaló: *"La sentencia, en cuanto a la argumentación fáctica de este despacho, no se ajusta a la realidad, ni de los hechos, incluso a las declaraciones de los testigos, pues se dedicaron a desprestigiarme personalmente y no manifestaron las razones o justificaron la ausencia de la madre para ver a su hijo; más sin embargo, manifestaron que yo le daba una mala vida, que yo nunca le di ropa, que yo la maltrataba, que nunca le mercaba, cosa extraña porque la señora madre de Viviana, la señora Matilde, nos visitó en una oportunidad en Jardín y la atendimos como una reina, y le enseñó a su hija como cocinar, (...) la señora Leticia por su parte, jamás nos hizo una visita, jamás nos visitó en nuestro domicilio y se*

dedicó a decir que yo la hacía aguantar hambre, que yo la dejaba en la calle, que esto y lo otro, cuando ella (la demandada) por pereza de cocinar, se iba a alimentarse a su casa mientras estaba conmigo, ella se quedaba todo el día y parte de la noche teniendo donde habitar que era nuestro hogar en su momento” (minuto 43:21 a 44:48).

iii) Igualmente, el recurrente alegó que en este caso si se acreditó una larga ausencia de la demandada frente a su hijo, pues *"si bien existe la conciliación, el hecho es que, a partir del 17 de julio del año pasado, el año 2018, ella se desentendió por completo de que tenía un hijo; bien tiene que ver, es claro para mí, que el aporte material de \$70.000 es efectivo, pero así no se construyen los lazos psico-afectivos, yo he tenido que ver del todo y por todo con mi hijo cuando se enferma, cuando llora, se aporrea, se me ha accidentado y me ha tocado ir de urgencias a que lo atiendan a un hospital, ella eso no lo ha sentido, el día a día, el momento. Que ella no baña el niño desde antes del 17 de julio (...) no lo viste, no le da el desayuno, no le da el almuerzo, ni la comida, ni los teteros, ella no alimenta a su hijo, ya no le da los cuidados personales a su hijo; cuando llega, en tres oportunidades que lo ha visto desde el 17 de julio del año pasado, llega a revisarlo que esté gordito, que esté bien vestido, que usted porque no le pone ropa, que esto y lo demás, a hacer reclamos sin ninguna consideración cuando ella no está pendiente personalmente”.*

iv) Finalmente el extremo inconforme citó algunas sentencias de la Corte Constitucional, tales como: T-259 de 2018, T-351 de 2018, T-311 de 2017 y la T-384 de 2018 a efecto, en las cuales, y a su juicio, se protegió el interés superior de los menores, en casos similares al que hoy nos ocupa.

Fundado en lo anterior, el censor deprecó la revocatoria de la sentencia emitida por el *A quo* para en su lugar declarar *"la suspensión de la patria potestad en contra de la señora Viviana Andrea Montoya Castrillón, por las largas ausencias, ocurridas respecto de su hijo Maximiliano Franco Montoya”.*

El recurso de apelación fue concedido el efecto suspensivo y dispuso la remisión del dossier a esta Corporación.

1.5. Del trámite ante el ad quem

Una vez arribado el expediente a este Tribunal, se procedió por la Magistrada sustanciadora a admitir el recurso de apelación en el mismo efecto en que fue concedido (fl. 4 C-2).

Ulteriormente, mediante proveído del 03 de junio de 2022, se dio aplicación al trámite preceptuado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y, en consecuencia, se concedió a las partes el término para sustentar el recurso de apelación y ejercer el derecho de réplica, oportunidad procesal que no fue aprovechada por ninguno de los extremos litigiosos, razón por la cual, conforme a lo indicado en la providencia en cita, para desatar la presente instancia se tendrán en cuenta como sustentación de la alzada, los argumentos primigenios expuestos ante el *iudex*, ello en aras de garantizar la doble instancia, a la que le subyacen los derechos de impugnación y de contradicción y en atención a que por virtud del Decreto 806 de 2020 las sentencias que desatan la apelación ya no se profieren bajo el régimen de la oralidad, siendo este excepcional en la segunda instancia, de cara a tal compendio normativo, postura que retomó esta Corporación en atención a los pronunciamientos jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de justicia en sede de tutela, como lo es la sentencia STC999-2022 del 04 de febrero de 2022, M.P. Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Agotado el trámite en esta instancia sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir lo que en derecho corresponde previas las siguientes

2.- CONSIDERACIONES

2.1. De los presupuestos formales del proceso

En el caso de la referencia, se encuentran reunidos tanto los presupuestos procesales como los materiales a efectos de resolver adecuadamente los extremos litigiosos. Igualmente, se han dado los presupuestos para el trámite de segunda instancia y para que esta Sala asuma la competencia funcional para proferir decisión definitiva acotando que en este caso, por tratarse de un asunto de familia, la misma no queda delimitada necesariamente a la inconformidad de la parte recurrente de acuerdo a lo establecido en el artículo 328 del CGP, compilada en el numeral **1.4)** de este proveído; pues en armonía

con el Parágrafo 1º del artículo 281 ídem *"En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole."*

Sobre el particular, le asiste competencia al juez de primer grado para conocer del proceso y al Tribunal para resolver la alzada conforme a lo antes dicho y teniendo en cuenta el artículo 32 numeral 1º CGP; los sujetos procesales ostentan capacidad procesal para ser parte y se encuentran legitimados en la causa por activa¹ y pasiva; asimismo, al proceso se le ha dado el trámite ordenado por la ley y no se observa la presencia de alguna causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

El presupuesto de legitimación en la causa de las partes se acredita, de un lado, con el registro civil de nacimiento inscrito el 07 de enero de 2017 en el indicativo serial 56041551 de la Notaria Única de Salgar, visible a fl. 12 del cuaderno principal, con el cual se prueba la relación de parentesco entre Maximiliano y los litigantes Divo y Viviana Andrea.

2.2. De la pretensión impugnaticia

De los reparos formulados por la parte sedicente se desprende claramente que lo pretendido es la revocatoria de la sentencia de primera instancia a fin de obtener la suspensión de la patria potestad de la señora Viviana Andrea Montoya Castrillón respecto de su menor hijo Maximiliano Franco Montoya, en razón de la larga ausencia de dicha progenitora, artículo 310 del C.C.

2.3. Problema Jurídico

Establecido el marco dentro del cual se desarrolló la controversia, así como el sentido de la sentencia impugnada y las razones de inconformidad de la parte recurrente, el problema jurídico en este caso se ciñe en determinar si con el material probatorio allegado se logró acreditar o no, que la demandada estuvo

¹ *El inciso último del artículo 315 C.C. dispone que la privación de la patria potestad puede pedirse por cualquier consanguíneo del hijo, por el defensor de familia y aún de oficio.*

incurra en la causal de larga ausencia respecto de su hijo Maximiliano Franco Montoya, consagrada en el artículo 310 del C.C. que conlleve a que sea suspendida la patria potestad que ejerce sobre su hijo, como lo pretende el censor.

2.4. Consideraciones Jurídicas y análisis fáctico de cara al caso concreto

Primigeniamente ha de indicarse que la solución a esta controversia encuentra respaldo en la normatividad concerniente a los derechos superiores de los niños, niñas y adolescentes instituidos en nuestra Carta Magna y al ejercicio de la patria potestad sobre los mismos debidamente reglada en nuestra Codificación Civil.

El artículo 42 de la Constitución nacional estatuye que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. En armonía con ello, el artículo 44, *ibídem*, establece que la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y la nacionalidad, el tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, son derechos fundamentales de los niños; igualmente que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integridad y el ejercicio pleno de sus derechos, prevaleciendo los derechos de los niños sobre los derechos de los demás; principios estos que ya habían sido consignados en los distintos convenios internacionales sobre derechos del niño. Y en armonía con tal preceptiva, el artículo 8 de la ley 1098 de 2006 contentiva del Código de la infancia y la Adolescencia define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como “(...) *el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”.

Por su parte, el artículo 288 del Código Civil, modificado por el Artículo 19 de la ley 17 de 1968 define la Patria Potestad como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos menores, para facilitar a aquellos

el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone, apuntalando este conjunto de derechos a la capacidad o aptitud de los progenitores para administrar y usufructuar, con algunas limitaciones, los bienes del hijo, como también para representarlos tanto judicial como extraprocesalmente en toda clase de actos jurídicos (Artículo 39 y 40 del Decreto 2820 de 1974).

Y en orden a la protección de los intereses del menor, el artículo 298 del Código Civil, modificado por el artículo 32 del citado decreto, establece que los padres son responsables en la administración de los bienes del hijo por toda disminución o deterioro que se deba a culpa aún leve, o a dolo, presumiéndose la culpa cuando se disminuyen considerablemente los bienes o se aumenta el pasivo sin causa justificada. Igualmente y de manera correlativa a los derechos que la patria potestad le concede a los progenitores, también les impone deberes como los contemplados en los artículos 253 y 264 C.C., éste último modificado por el artículo 4º del Decreto 772 de 1975 y en virtud de los cuales le corresponde a los padres de común acuerdo el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, así como velar por su formación moral e intelectual del modo más conveniente para éstos, para cuyo objetivo les otorga la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente.

A falta de uno de los padres, corresponde al otro el ejercicio de la patria potestad, tal como lo dispone el inciso 2º del art. 288 C.C. norma esta que se aplica, entre otras circunstancias, para los casos en que se decreta la suspensión o la privación de la misma frente a uno de los padres con fundamento en los art. 310 y 315 ibídem, consagrando estos una sanción temporal o definitiva, según el caso, para los progenitores impidiendo el ejercicio de los derechos que emanan de esta figura.

Ahora bien, acorde a lo dispuesto por el artículo 310 ídem, en los casos en que la patria potestad se suspenda respecto de ambos padres, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad, acotando además que la suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos, de donde refulge que en cualquier caso, la suspensión o terminación de la patria potestad, no libera, ni exonera a los progenitores de los deberes que tienen para con su prole, manteniéndose vigente la obligación de proveer alimentos en favor de sus

vástagos, al igual que los deberes de crianza, cuidado personal y educación, habiéndose pronunciado en tal sentido la sentencia C 145 de 2010.

El artículo 310 del Código Civil que fue modificado por el Artículo 42 del Decreto 2820 de 1974, señala la larga ausencia, entre otras causales por las cuales se puede suspender la patria potestad con respecto a cualquiera de los padres y remite al artículo 315 como norma contentiva de las causales de terminación de la potestad parental, la cual fue modificada por el Decreto 2820 de 1974, artículo 45, que consagra como tales: 1) el mal trato habitual del hijo en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño; 2) el haber abandonado al hijo; 3) la depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, y 4) el haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

2.4.1. Análisis del caso de cara a lo probado

En el sub exámine se alega como causal configurativa de la suspensión de la patria potestad, el hecho de que la señora Viviana Andrea Montoya Castrillón, madre del menor Maximiliano Franco Montoya incurrió en la causal del artículo 310 del C.C., consistente en una larga ausencia respecto de su citado hijo, quien nació el 8 de agosto de 2016, según consta en registro civil de nacimiento anexo a la demanda obrante a fl. 12 del plenario, inscrito en el indicativo serial 56041551 de la Notaría Única de Salgar; empero lo anterior, el juez en su sentencia concluyó que no se demostró por el actor la configuración efectiva de lo alegado, acorde al raciocinio efectuado en la decisión impugnada, cuya compilación se efectuó en el numeral **1.3)** de este proveído, donde en esencia el fallador arguyó que todos los medios probatorios apuntan a demostrar que la madre, aunque con algunas deficiencias, producto más de su situación económica y los problemas con el padre del menor, que de su propio querer, no se ha sustraído totalmente de sus deberes de madre y ha acompañado afectivamente al menor de edad durante su corta edad, en la medida de sus posibilidades, pues la demandada se radicó en la ciudad de Medellín, a fin de lograr su propio sustento ante la separación con el demandante, y el padre ejerce la custodia y cuidados personales del menor en la zona de suroeste antioqueño, entre los municipios de Jardín y Salgar; evidenciándose incluso que el aquí reclamante ha imposibilitado encuentros entre la convocada y su hijo, como se demostró

testimonial y documentalmente en el plenario, determinación esta de la que discrepó la parte recurrente por considerar que el juez no hizo una adecuada valoración probatoria ya que en este caso se acreditó que la madre del menor Maximiliano Franco Montoya, no se ha vinculado afectivamente con él, pese a reconocer que es cumplidora con la obligación económica pactada en audiencia de conciliación celebrada el 28 de septiembre de 2018, desentendiéndose completamente de sus obligaciones como madre desde el mes de julio de 2018, como se indicó en el libelo genitor.

De tal guisa, para dilucidar si efectivamente se configuró la causal invocada para revocar la decisión impugnada, es necesario acudir al acervo probatorio allegado de manera oportuna y en legal forma al dossier. Veamos:

2.4.1.1. Pruebas documentales

En el cuaderno principal obran las siguientes probanzas de tal estirpe:

2.4.1.1.1. Prueba genética de paternidad (fls. 5 fte y vto.)

2.4.1.1.2. Acta de conciliación entre las partes en materia de fijación de cuota alimentaria, custodia, cuidados personales, residencia y visitas del menor Maximiliano Franco Montoya, de fecha 17 de marzo de 2017 (fls. 6 a 8)

2.4.1.1.3. Acta de segunda conciliación entre las partes, en escenario de revisión de la primera diligencia, misma que tuvo lugar el día 28 de septiembre de 2018, ante el Comisario de Familia de Salgar - Antioquia. (fls. 10 a 11)

2.4.1.1.4. Registro civil de nacimiento del menor Maximiliano Franco Montoya, indicativo serial 56041551, que evidencia el parentesco del menor con las partes en contienda (fl. 12)

2.4.1.1.5. Registro civil de nacimiento de la demandada Viviana Andrea Montoya Castrillón, indicativo serial 29754569 (fl. 13)

2.4.1.1.6. Copias de las cédulas de ciudadanía de ambas partes (fls. 14 y 15).

2.4.1.1.7. Copias de facturas de venta, cuentas de cobro y recibos de pago, por diferentes conceptos, como, compra de alimentos, vestuario, utensilios de aseo, juguetes, pago de cuotas alimentarias por parte del demandante, entre otros (fls. 16 a 27).

2.4.1.1.8. Constancias de transferencias bancarias efectuadas por la convocada, para el cubrimiento de la cuota alimentaria que le fue fijada por la Comisaría de Familia de Salgar (fls. 46 y 60 a 64)

2.4.1.1.9. Certificado laboral de la señora Montoya Castrillón emitido por el Representante legal del Supermercado Vanegas C. de la ciudad de Medellín. (fl. 47)

Las anteriores probanzas documentales revisten pleno mérito probatorio, al tratarse, algunos de ellas, de documentos públicos que reúnen los requisitos del artículo 244 del CGP y gozan de presunción de autenticidad o emanados de autoridades públicas, que pueden gozar de la misma presunción, mientras que los restantes corresponden a documentos privados consistentes en facturas de venta, recibos de pago, cuentas de cobro y demás referidos en el numeral 2.4.1.1.7., todos los cuales tienen pleno valor probatorio, puesto que no fueron controvertidos por quien estaba llamado a hacerlo no sin antes decir de manera clara que tales documentos nada prueban *per se* sobre la causal alegada por el reclamante para la suspensión de la patria potestad, es decir una larga ausencia de la madre, respecto del menor involucrado en las presentes diligencias.

De otro lado, no se puede echar de menos el escrito demandatorio (fls. 1 a 3 C-1) que es precisamente el que delimita las pretensiones, sirviendo de derrotero para el pronunciamiento del fallador, a quien, en su laborío decisorio frente a la pretensión de suspensión de la patria potestad, le corresponde cotejar lo pedido en el libelo incoativo con las pruebas obrantes en el plenario, a fin de dilucidar entre otros aspectos, lo relativo a la estructuración de la causal invocada; como también el escrito de contestación (fls. 42 a 44 *ibídem*) que tiende a contrastar lo pedido por el pretensor.

2.4.1.2. Interrogatorio de parte de la demandada

La señora Viviana Andrea Montoya Castrillón rindió interrogatorio de parte en la audiencia de que trata el artículo 372 del CGP, en cuya diligencia refirió, en esencia, a que inició una relación sentimental con el demandante cuando ella tenía 16 años de edad y conoció al señor Franco Santo Domingo, porque él era el abogado de su señor padre.

Al inicio de su deponencia señaló que le daba miedo relatar lo acontecido respecto de su relación con la parte activa, no obstante prosiguió su relato y afirmó que al inicio todo estaba muy bien, pero luego él (Divo) la obligó a hacer cosas que ella no quería, que abusó de ella, pero no le dijo nada de eso a sus padres porque le daba miedo, se quedó callada porque de pronto se quedaba sin el apoyo del accionante, estando ya en estado de gestación, situación que se prolongó en el tiempo hasta el año 2018, lapso durante el cual el señor Franco Santo Domingo, la llegó a lastimar físicamente en frente del hijo menor.

Asimismo la demandada expuso que decidió terminar la relación, pues en su concepto, no podía seguir en la situación ya descrita y llamó a una tía para que le ayudara a conseguir trabajo, consiguiendo uno en la ciudad de Medellín, razón por la cual, en el mes de septiembre de 2018, concilió con el aquí convocante que él se quedaba a cargo del menor Maximiliano, siempre y cuando le permitiera verlo y le contestara las llamadas, pero el actor nunca ha cumplido, pues no le deja ver al hijo y lo embolata cada vez que ella pretende ir a verlo.

Añadió que en mayo del año 2019 tuvo que dejar que el accionante abusara de ella sexualmente para que le permitiera ver a su hijo y llevárselo momentáneamente, situación permitida por ella ante el temor que le genera el señor Divo Franco Santo Domingo. Precisó que ella sí ha cumplido cabalmente con el acuerdo conciliatorio de septiembre de 2018, procediendo a cubrir la cuota alimentaria a ella impuesta en la Comisaría de Familia de Salgar (Antioquia), acompañando copia de las transferencias bancarias a la cuenta del hoy reclamante.

Finalmente adujo que, en septiembre de 2018 se radicó en la ciudad de Medellín, trabajando como cajera en un supermercado, pero nunca ha abandonado a su hijo, pues lo único que hizo fue dejarlo con el padre,

conforme a la conciliación donde se le otorgó la custodia y cuidados al aquí demandante y siempre ha estado pendiente de su descendiente.

Al efectuar un análisis del interrogatorio de parte rendido por la resistente Viviana Andrea Montoya Castrillón, conforme a las reglas de la sana crítica, de cara a lo concerniente a la causal de suspensión de la patria potestad, atisba este Tribunal que dicho extremo procesal siempre se mantuvo en lo dicho desde la contestación de la demanda, precisando que nunca ha tenido la intención de abandonar a su hijo, o ausentarse por largo tiempo sin una razón justificable, pues señaló que atendiendo a una conciliación celebrada con el padre de su menor hijo, se acordó que la custodia y cuidado de éste quedarían a cargo de dicho progenitor; empero llama la atención como de tal declaración de parte se deja entrever cierto grado de temor de la absolvente frente a su expareja, de quien predicó la maltrataba, situación que si bien no es prueba de tales circunstancias con el sólo dicho de la parte, sí debe ser valorado en conjunto con los demás medios probatorios, sin perder de vista que el tema central del litigio se contrae a la demostración de la causal invocada para suspenderle la patria potestad a la aquí accionada y por lo demás, se resalta que del interrogatorio no se vislumbra una prueba de confesión, acorde a lo reglado por el art. 191 CGP, puesto que no admitió ningún hecho que le fuera adverso.

2.4.1.3. Careo entre las partes

De conformidad con lo previsto en el artículo 223 del CGP, dentro de la misma audiencia inicial, el A quo suscitó un careo entre las partes en disputa, diligencia de la cual puede extraerse como relevante lo siguiente:

Entre los extremos litigiosos se evidencia una problemática relativa al interregno en el cual convivieron como pareja y en los primeros meses de vida del menor Maximiliano, respecto de quien el aquí pretensor le endilga a su oponente falta de interés respecto del precitado menor aunque en todo caso, quedó evidenciado en el dossier que desde dicho tiempo hasta el mes de julio de 2018, la señora Viviana Andrea convivía permanentemente con su hijo menor en la misma casa de habitación, razón esta, por la que este Tribunal desde ahora advierte que se descarta de tajo la larga ausencia invocada por el accionante dentro de dicho interregno temporal.

Posteriormente luego de separados los progenitores del referido niño y después de haberse realizado audiencia de conciliación en el mes de septiembre de 2018, ante la Comisaría de Familia de Salgar, en la cual el señor Franco Santo Domingo quedó con la custodia y cuidados de Maximiliano, encuentra esta Colegiatura que logra evidenciarse que hubo falta de comunicación y coordinación entre los progenitores para efectos de llevar a cabo las visitas acordadas para con el menor, manifestando la demandada en dicho careo, que sí ha buscado a su hijo, pero han existido problemas con el padre del mismo, quien no le ha permitido acceder a él.

Adicionalmente, la señora Montoya Castrillón insistió en que nunca ha abandonado a su hijo, pues lo único que hizo fue dejarlo con el papá como se había acordado en la conciliación, en la que igualmente acordaron que ella podía ver a su menor hijo cuando pudiera; pero esto no ha sido posible porque el padre no lo permite y oobstaculiza el contacto de la madre con su pequeño descendiente, situación esta que se desgaja además de lo dado a conocer por la convocada cuando expresó que una vez en que ella viajó desde Medellín, previo obtener el permiso y un préstamo de dinero de su empleador, a buscar a su hijo a los municipios de Jardín y a Salgar porque no sabía dónde se encontraba el menor, en razón a que el accionante no le informaba tal situación y en cuya oportunidad fue la señora Omaira (hermana del suplicante) quien en dicha ocasión le dijo que su menor hijo estaba en Salgar, y fue únicamente de esta manera que logró enterarse la madre de la ubicación del niño, respecto a lo cual fue insistente la hoy resistente al señalar que el señor Franco Santo Domingo no le daba a saber sobre el paradero de su descendiente.

Del anterior medio de convicción puede deducirse claramente que, la relación entre los progenitores del menor Maximiliano, se ha desenvuelto de una manera conflictiva, desde el embarazo de la joven Viviana Andrea y durante los primeros años de vida de su hijo, donde a pesar de haber existido convivencia entre los aquí contendores, lo cierto es que no se presentó un adecuado entendimiento entre ellos, situación que devino en la ruptura y posterior alejamiento de la llamada a resistir del lugar de habitación común, apartamiento que no implicó una larga ausencia injustificada respecto del hijo en común, pues aparece ostensible dentro de las pruebas obrantes en el

plenario que medió una conciliación donde se le otorgó la custodia y cuidados personales de su descendiente al padre y hoy demandante, pues la progenitora logró ubicarse laboralmente en la ciudad de Medellín, situación que se itera, no implica *per se* la configuración de la causal invocada para pretender la suspensión del ejercicio de la patria potestad de la accionada, conclusión esta que no se logra derruir ni siquiera con los restantes medios probatorios, a cuyo estudio y valoración se adentra esta Sala a continuación. Veamos:

2.4.1.4. De la prueba testimonial

En el plenario se recepcionaron cinco testimonios, a saber:

2.4.1.4.1. GLORIA ESTELLA FRANCO RUIZ, de 51 años de edad, quien vive en Unión Libre con el señor William de Jesús Sierra Ortega, bachiller, Ama de Casa y hermana del convocante. Al referir al asunto materia del debate probatorio, expuso que su colateral Divo le había comentado que quería quitarle la patria potestad a Viviana Andrea.

Sobre la situación problemática expuso que vio conviviendo a las partes trabadas en esta litis como una pareja normal, ella era una niña muy tímida, muy calladita, la conoció cuando su hermano la llevó a presentarla cuando eran novios; posteriormente, cuando ella tuvo el bebé, Divo se la llevó a vivir al municipio de Jardín, que siempre vio a la convocada como una mamá muy desprendida del niño, muy poco cariñosa, siendo el actor quien siempre estaba cargando el niño, pendiente de las cosas básicas del bebé como es el pañal, el tetero y sus restantes cuidados. Manifestó que en su concepto la reclamada abandonó el niño porque se fue y tiene entendido, que sólo lo visitó en dos oportunidades.

Indicó que hace unos pocos meses (antes de la audiencia del 01-08-2019) la demandada llegó a Jardín e hizo un escándalo porque la persona que estaba al cuidado del menor no se lo dejó ver, anunciando que iba a llamar a la policía e insultó a la persona que estaba cuidando al niño. Igualmente, la deponente dijo haberse enterado de tal situación porque fue llamada telefónicamente por la encargada del niño Maximiliano para ponerla al tanto como tía y en ese momento, dicha testigo procedió a comunicarse telefónicamente con la

resistente para decirle que no había necesidad de escándalos, que lo correcto era que fuera a la Comisaría de Familia si no le dejaban ver el hijo y agregó que en dicha ocasión luego de la conversación que la testigo tuvo con la aquí resistente, llegó el accionante y le permitió a la señora Viviana Andrea ver a Maximiliano.

En general, la testificante en cita centró su testimonio en hablar de lo poco que se preocupaba la accionada por su hijo mientras estuvo conviviendo con el señor Franco Santo Domingo y que en ocasiones lo maltrataba; no obstante, la testigo posteriormente indicó que ella no visitaba mucho a su hermano, dando cuenta únicamente de dos visitas, para la época en que los aquí contrincantes vivían juntos, dos años antes de la declaración rendida y de ahí en adelante no los visitó más.

Frente al interrogante acerca de si podía testificar que entre julio de 2018 y enero de 2019, la llamada a resistir no fue a visitar al hijo, la declarante señaló conocer de dos veces que fue a visitarlo, una a Salgar y otra cuando fue a Jardín y que le habían contado que después volvió, pero no le consta.

2.4.1.4.2. WILLIAM DE JESÚS SIERRA ORTEGA, de 72 años de edad, residente en el municipio de Jardín (Antioquia), con estudios primarios, dedicado al comercio y cuñado del convocante, señaló conocer que el señor Franco Santo Domingo siempre está con el menor, caminando permanentemente con él y en el hogar y lo sabe porque ha visitado al actor en Jardín (Antioquia) y que, en su concepto, Divo Franco es buen padre, preocupado por su hijo en todos los sentidos.

Respecto de la demandada, señaló no conocerla mucho e ignorar totalmente la vida privada de ella, pues se frecuentaron muy poco, asimismo, predicó que la vida en pareja entre las partes, también es desconocida para él.

De igual manera, el deponente en mención no pudo dar claridad sobre lo concerniente a la larga ausencia que se predica de la madre hoy accionada frente a su menor hijo en el periodo comprendido entre julio de 2018 y enero de 2019, en que se presentó la demanda, puesto que el declarante afirmó no haber visto que Viviana Andrea visitara nunca a su hijo en ese interregno, pero tampoco podía afirmar que no lo haya hecho.

Por lo demás el testigo centró su discurso en señalar que el señor Divo Franco Santo Domingo es un padre preocupado por su hijo, que constantemente se les ve juntos, debido a que incluso realiza actividades laborales en compañía del menor, afirmando que, en su concepto, el niño está mejor con el peticionario.

Asimismo, el mencionado testificante afirmó que nunca tuvo un grado de amistad con Viviana Andrea, pues ella siempre era muy callada, y sólo una vez lo visitó en compañía del peticionario, estando la aquí opositora muy aparte y sin que hubiera compartido con él, luego de lo cual expuso que no la volvió a ver y que desconoce donde vive actualmente y la actividad a la que se dedica.

2.4.1.4.3. LUZ MATILDE CASTRILLÓN VASCO, de 50 años de edad, quien sabe leer y escribir, con escolaridad hasta segundo de primaria, ama de casa y quien dijo ser la madre de Viviana Andrea. Al referir a los hechos materia del debate probatorio, esta deponente puso de manifiesto que la accionada no abandonó a su hijo Maximiliano, pues lo acontecido es que ella no pudo hacer vida con el señor Divo, porque él la quería obligar a que tuviera más hijos, tres en concreto, o de lo contrario no se casaría, ni haría vida con ella, evidenciándose que en varias oportunidades el demandante rompía con Viviana Andrea y procedía a dejarla en la casa de la testigo (madre) con sus pertenencias y las del menor, razón por la cual, Viviana Andrea, al no querer acceder a las peticiones del señor Divo, decidió irse.

Manifestó desconocer si la demandada ha tenido inconvenientes para ver al pequeño Maximiliano, pues su hija Andrea nunca le ha tenido confianza para contarle ese tipo de asuntos personales, prefiere contárselos a sus tías o amigas, pero no le cuenta esas cosas a la deponente; no obstante, dio a conocer que ella en una ocasión recibió la visita de Viviana Andrea con su nieto Maximiliano, luego de la ruptura con el señor Franco Santo Domingo.

Adicionalmente, la referida testificante dio cuenta que durante los primeros meses de vida del menor, ella le ayudó a su hija Andrea en los cuidados personales de Maximiliano, pues en ese entonces vivían juntas y Viviana Andrea estudiaba (se encontraba terminando la secundaria).

Finalmente, ante cuestionamiento del actor sobre un hecho que, en su sentir, fue de descuido, pues en una ocasión encontró al menor en un caminador amarrado de una ventana en la residencia de la testigo, respondió esta última que en efecto eso ocurrió, pero que lo hizo para evitar que el niño, que aún no caminaba, se accidentara, pues el corredor de la casa era muy pequeño y fuera de él había un "cascajero" y unos alambres que le podían hacer daño al menor, no por desidia o maltrato.

2.4.1.4.4. MARÍA LETICIA RESTREPO AGUDELO, de 54 años de edad, quien vive en Salgar (Antioquia), de estado civil divorciada, quien sabe leer y escribir, con estudios hasta cuarto primaria, de profesión estilista y tía de la suplicada, expuso que Viviana Andrea se fue a trabajar a Medellín, cuando se separó del suplicante y al no tener como asumir su propio sustento, pues sus padres son muy humildes y no podían brindarle nada. Añadió que en esa ocasión, la llamada a resistir pensó en dejar al menor de edad con la abuela materna, pero Divo no estuvo de acuerdo con tal situación.

Sobre la relación de las partes, adujo que la conoce porque vivía cerquita de la casa que ellos tenían en común, y Viviana Andrea la frecuentaba constantemente durante el embarazo y posteriormente, situación que no era del agrado del señor Franco Santo Domingo, quien consideraba a la testigo como un mal ejemplo para su pareja, al punto que cuando la accionada se encontraba en la casa de la testigo, el accionante ya no le permitía entrar al lugar de habitación común de la pareja, teniéndose Viviana Andrea que devolverse a dormir en la casa de María Leticia, y al otro día Divo le empacaba la ropa en una caja de cartón y se la llevaba a la mamá, diciéndole que se la llevaba porque él no podía con Viviana Andrea.

Indicó que la pareja tuvo muchos problemas después del embarazo de la llamada a resistir, porque para ese entonces Viviana Andrea quería seguir estudiando y el demandante no se lo permitía, aduciendo que una mujer con niños no podía estudiar ni trabajar, pues tenía que estar pendiente de su descendiente.

Refiriéndose a la relación de la convocada con el menor señaló que ella siempre estaba con su menor hijo, que visitaban a la testigo y dio fe de que

la presentación personal del menor era adecuada (normal) y que Viviana Andrea lo regañaba cuando hacía algo indebido, pero siempre dentro de lo normal, lo de toda mamá, pero nunca dicho menor fue objeto de maltrato físico delante de ella.

Apuntó que la demandada, luego de estar en Medellín, vino a buscar al niño en el municipio de Jardín, donde se encontraba con su padre, pero no se lo iban a permitir ver, entonces dijo que iba a llamar a la policía y finalmente logró estar con su hijo; desconociendo si se han presentado más inconvenientes como ese.

Arguyó que a Viviana Andrea no le es fácil frecuentar más constantemente a su hijo, por estar viviendo en la ciudad de Medellín, a más que los permisos en el trabajo son escasos y porque el domicilio del menor está muy retirado de la ciudad, lo que implica que las vistas deben ser muy programadas; pero, el demandante no se facilita para que la madre tenga contacto con su hijo.

2.4.1.4.5. MARÍA VICTORIA MONTOYA CANO, de 45 años de edad, quien vive en la ciudad de Medellín, de estado civil casada, bachiller y auxiliar contable, tía de la demandada, comentó sobre la situación que Viviana Andrea se fue para Medellín con necesidad de trabajar, al no tener como sustentarse, puesto que ni los padres, ni los hermanos de Viviana Andrea estaban en condiciones de darle algo a la convocada y ésta ya se había separado del accionante.

Respecto del menor Maximiliano indicó saber que su sobrina Andrea había llegado a un acuerdo con el actor para que éste se quedara con el bebé y que ella fuera a visitarlo cuando pudiera, y en todo caso la accionada le ha enviado siempre la cuota pactada en una conciliación.

Por lo demás, la testificante señaló saber más bien poco del conflicto existente entre las partes porque desde hace 25 años la deponente se radicó en Medellín y en ese orden de ideas desconoce los pormenores de la relación entre los litigantes.

La testigo indicó que supo directamente de cuando Viviana Andrea se desplazó al municipio de Salgar, concretamente a la Comisaría de Familia, donde de

consuno con el padre acordaron dejar a Maximiliano con el aquí demandante, pero con el derecho a las visitas de la madre cuando ella pudiera.

Manifestó igualmente conocer, por comunicación con Viviana Andrea que a ésta no le permitían ver a su hijo, a pesar que Andrea ha tramitado permisos en el trabajo para poder frecuentarlo, pero que dichas licencias son complicadas debido a las actividades propias de un supermercado, donde no siempre le podían dar permisos. No obstante, afirmó que conoce que luego del mes de julio de 2018, su sobrina sí ha ido a Salgar a visitar a Maximiliano.

Al efectuar la valoración probatoria de los testimonios adosados al plenario conforme a las reglas de la sana crítica, se atisba que todos ellos se muestran espontáneos, responsivos y coherentes, sin que se les advierta ánimo de mentir o interés en perjudicar o favorecer a alguna de las partes, dando cuenta de lo que saben en razón de la cercanía que han tenido con las partes y el menor Maximiliano, así como del conocimiento que tienen de los litigantes y de la manera como se desarrolló la relación de estos y específicamente de la relación de la demandada con el niño. Concretamente frente al aspecto que ocupa el interés de esta Sala, mismo que se centra en establecer si la convocada incurrió en la causal de larga ausencia descrita en el artículo 310 del C.C., como presupuesto para la suspensión de la patria potestad, evidencian todos ellos que Viviana Andrea convivió con el peticionario y su hijo menor, por lo menos hasta el mes de julio del año 2018, momento en el cual la accionada decidió dar por terminada la convivencia con el señor Franco Santo Domingo y, por tanto, refulge potísimo que para época anterior a la ruptura de la convivencia, la aquí resistente siempre permaneció con su menor hijo Maximiliano, por lo que de entrada, mal se haría en pregonar una larga ausencia de la progenitora del precitado niño en tal interregno de tiempo en el que siempre estuvo la madre al lado de su pequeño hijo y es así que para el estudio de la causal impetrada, lo cierto es que no resulta relevante, la forma como la reclamada ejercía su maternidad o como consideraba el aquí suplicante que fuera correcto el interactuar de Viviana Andrea con su hijo, dado que dicho aspecto pertenece al fuero interno intelectual de la joven en mención, el que no es objeto del debate planteado en este escenario procesal, conforme al problema jurídico que se planteó, incluso, desde la primera instancia.

Ahora bien, en lo que corresponde al periodo posterior al mes de julio de 2018, procede señalar que los testimonios apuntan a que, en efecto, la señora Montoya Castrillón se apartó del hogar que había conformado con el demandante, por diferencias surgidas durante la convivencia marital de ellos, las que consideró insalvables y ante el ánimo de buscar su crecimiento personal, mismo que encontró diezmado cuando convivía con el señor Divo, quien no le permitía estudiar ni trabajar, situación que valga la pena decirlo, resulta intransigente y si se quiere retrógrada en la actualidad, donde la mujer tiene pleno derecho a su desarrollo personal y profesional, sin que la maternidad sea una cortapisa para ello, pues hubo de trasladarse a la ciudad de Medellín para la realización de su proyecto de vida, sin dejar a la deriva su relación con su menor hijo y sin ausentarse de la vida de éste; dado que es claro que entre las partes procesales medió una conciliación, por cuya virtud el progenitor se encargaría de la custodia y cuidados del menor Maximiliano, pero quedando facultada la madre para visitar a su citado hijo cuando pudiera hacerlo, lo que de suyo implica que al quedar radicados los cuidados físicos en uno de los progenitores, es del todo lógico que el otro de ellos no pueda ejercer físicamente los mismos de manera simultánea, máxime cuando tal conciliación se motivó ante la necesidad de la madre de desplazar su residencia a otra ciudad, a fin de sacar adelante un proyecto de vida sano, lo que, incluso, se traduce en un mayor bienestar para su menor hijo, dado que, acorde a lo que se vislumbra en el plenario, la distancia tomada por la accionada respecto del sitio donde convivía con el actor en compañía de su pequeño hijo se dio para evitar el autoritarismo excesivo que venía desplegando el aquí accionante sobre ella, situación esta respecto de la que las reglas de la experiencia enseñan que si las relaciones son tan conflictivas y si están causando tanta angustia, tal vez la distancia sea la forma más saludable para que los padres y los hijos superen la misma y comiencen un camino tendiente a la introyección de valores y una sana relación en el rol de padres frente a su prole, por lo que no es admisible legalmente tildar tal manera de distanciamiento como un abandono o larga ausencia de la madre frente a su pequeño descendiente.

De tal guisa, sin perder el norte decisorio, cabe señalar que de los testimonios escuchados en su totalidad por esta Colegiatura, se infiere que la señora Viviana Andrea Montoya Castrillón una vez radicada en la ciudad de Medellín y estar trabajando para su propio sostenimiento, nunca ha tenido la intención

positiva de ausentarse de la vida de su hijo Maximiliano, lo cual es el ingrediente esencial para la suspensión pretendida, pues la sola distancia no conlleva a las conclusiones emitidas por la parte pretensora; la prueba testimonial es coincidente en que Viviana Andrea no dejó a su suerte y sin ningún tipo de interés a su vástago menor de edad, pues acordó con el progenitor del mismo que él se haría cargo de la custodia y cuidados personales de Maximiliano, además de que la residencia del niño se establecería en el municipio de Jardín, donde se encontraba el padre, situación que además se encuentra probada documentalmente, con el acta de conciliación del 28 de septiembre de 2018, efectuada ante el Comisario de Familia de Salgar, obrante a fls. 10 y 11 C-1, aportada por el mismo actor, es decir, no se evidencia el elemento volitivo o intencional por parte de la suplicada de desentenderse de su hijo, siendo claro igualmente que la señora Montoya Castrillón ha cumplido cabalmente con la cuota alimentaria a la que se obligó en la misma diligencia conciliatoria ya referida, situación que desmiente claramente lo afirmado por el actor en cuanto a la larga ausencia de la madre frente al menor Maximiliano, circunstancia esta de la que no hubo ni siquiera un asomo de prueba, con lo que refulge claro que el accionante no logró acreditar el desprendimiento de la progenitora por él alegado frente al infante Maximiliano, a más que no se puede echar de menos que el mismo pretensor reconoció en la audiencia inicial² que la hoy resistente ha cumplido a cabalidad con la cuota alimentaria, hecho este que debe tenerse debidamente probado por confesión al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del CGP, por evidenciarse los supuestos necesarios para ello.

De otro lado, los testimonios dan cuenta de una serie de inconvenientes entre las partes en litigio, cuando eran pareja y de forma posterior ante la falta de comunicación e imposibilidad de coordinación para poder que la llamada a resistir frecuentara su hijo, cuando sus obligaciones laborales se lo permitían, con cuyas deponencias se logró acreditar fehacientemente que la accionada ha tenido la intención de visitar y compartir con su hijo y de cumplir sus deberes como progenitora, en la forma acordada ante el Comisario de Familia, con lo que queda desvirtuado lo alegado por el suplicante en la demanda al referir a la larga ausencia de la madre y desinterés de ésta sobre su pequeño hijo.

² Escuchar minuto 01:18:55 a 01:19:25.

Nótese incluso que los testigos dieron cuenta de algunas ocasiones en que la señora Viviana Andrea pretendió visitar a su hijo, y para ello viajó a los municipios de Jardín y Salgar, pues no sabía dónde se encontraba el menor, ello ante la poca o nula comunicación con el progenitor, y ante el hecho que este último se ha negado a informarle sus cambios de residencia; a más de haberse probado que hubo una ocasión en que a la aquí convocada se le iba a impedir por la cuidadora de su hijo ver a éste, a pesar de haber viajada Viviana Andrea desde su lugar de residencia en Medellín hasta el municipio de Salgar para visitar a su propio hijo y luego de un inconveniente, en el que incluso se iba a llamar a la policía y en el que finalmente el aquí suplicante tuvo que hacer presencia, finalmente la resistente pudo compartir con el infante.

Las anteriores situaciones, se itera, a riesgo de fatigar, que no son constitutivas, ni por asomo, de la causal invocada para la suspensión de la patria potestad (rememórese que el litigio fue fijado exclusivamente en la causal de larga ausencia prevista en el artículo 310 del C.C. estando de acuerdo el demandante en tal situación). De tal suerte que lo que realmente se desgaja del acervo probatorio es una conflictiva entre los padres del menor Maximiliano y una falta de comunicación que no le ha permitido a la suplicada ejercer adecuadamente su derecho a las visitas, como se acordó ante la autoridad competente en su momento.

Y es que resulta apenas lógico que la resistente no comparta el diario vivir con su hijo menor o no esté cuando el niño se haya enfermado, como copiosamente lo enrostró el señor Divo en el devenir procesal tendiente a hacer responsable a la convocada del abandono de las obligaciones que como madre le son imputables, pues dicha madre se estableció en la ciudad de Medellín y por obvias razones no sostiene ese constante contacto con Maximiliano, sin que se pueda desconocer que dicha progenitora ha asumido las obligaciones alimentarias y en la medida de sus posibilidades actuales ha estado presta a compartir con su descendiente, no avizorándose así la estructuración de la causal predicada en el plenario para suspenderle el ejercicio de su patria potestad.

En ese contexto, advierte este Tribunal que, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, no es dable reprochar de manera alguna el actuar de la llamada a resistir, quien ante el fracaso de la relación amorosa con el padre de su hijo y la falta de armonía en la convivencia con éste, decidió tomar las riendas de su propia vida y procurarse un mejor porvenir y calidad de vida, sin dependencia alguna de quien otrora fuera su pareja y sustento económico, pues tal circunstancia lo que denota es la decisión y templanza de la accionada, para romper con los nexos que consideraba nocivos para su vida, sin que, dentro del presente proceso, se haya demostrado de manera alguna el abandono o ausencia injustificada respecto de sus deberes que como madre le son atribuibles.

De tal guisa, acertó el juez al denegar la pretensión incoada, por cuanto los hechos que fundan la suspensión de la patria potestad clamada en la demanda no aparecen demostrados de manera irrefutable en la foliatura, por lo que en sentir de este órgano colegiado la decisión de instancia está llamada a ser confirmada.

En conclusión, conforme a lo analizado en precedencia y a la valoración de la prueba efectuada, al haberse establecido que no resultó acreditada la causal de larga ausencia consagrada en el artículo 310 de la codificación civil, para suspenderle la patria potestad a la demandada frente al niño Maximiliano Franco Bedoya, habrá de confirmarse la decisión impugnada, debiendo las partes continuar cumpliendo el acuerdo conciliatorio de fecha 28 de septiembre de 2018, suscrito en la Comisaría de Familia de Salgar (Antioquia), mientras el mismo tenga vigencia.

Finalmente, en armonía con el artículo 365 numerales 1º y 3º del CGP, al resultar vencida la parte recurrente, se hace pertinente confirmar la condena en costas de la primera instancia e igualmente procede condenar en costas en la presente instancia al extremo activo y a favor de la llamada a resistir, señora **VIVIANA ANDREA MONTOYA CASTRILLÓN**, las que deberán liquidarse por el Juzgado de origen conforme al artículo 366 ídem; advirtiendo además que, de conformidad con el numeral 3 de esta última disposición jurídica, las agencias en derecho serán fijadas por la Magistrada Ponente.



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA CIVIL - FAMILIA
MAGISTRADO OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA

Procedimiento: Verbal –reivindicatorio
Demandante: Diana Gómez Moreno y otros
Demandado: Nancy y Liliana Valencia Gómez
Radicado: 05615 31 03 002 2013 00017 01

Medellín, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Antes de disponerse el trámite para la respectiva sustentación del recurso vertical y su correspondiente réplica, (artículo 12 de la ley 2213 de 13 de junio de 2022), se requiere a las partes para que dentro del término de ejecutoria de este auto manifiesten si requieren piezas procesales para tales efectos; ello lo harán a través del correo institucional de este tribunal secivant@cendoj.ramajudicial.gov.co, encargándose la secretaría de esta Sala, del suministro de lo pertinente, de manera virtual e inmediata.

NOTIFÍQUESE.

OSCAR HERNANDO CASTRO RIVERA
Magistrado