

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020).

Ref: Verbal de Pablo Antonio Ruiz Rodríguez y María Hermencia González Ortega c/. Edgar Alfonso Mendoza Cajamarca. Exp. 25290-31-10-001-2018-00366-01 (Discutido y aprobado en sesión virtual de la Sala Civil-Familia de Decisión de 30 de julio pasado).

Con arreglo a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 21 de octubre del año anterior proferida por el juzgado de familia de Fusagasugá dentro del presente asunto, teniendo en cuenta los siguientes,

I. – Antecedentes

Se pide privar al demandado de la patria potestad sobre su hijo Sergio Andrés Mendoza Ruiz, por haber incurrido en la causal 2ª del artículo 315 del código civil, otorgándosela a los demandantes en su calidad de abuelos maternos; en subsidio, suspenderla por larga ausencia.

Adújose como sustento que el niño nació el 16 de agosto de 2011 y desde entonces el demandado nunca se ha hecho cargo de sus deberes como padre, pues fue Lina Paola Ruiz González la que con la ayuda de sus padres veló

por el cuidado de su hijo desde su nacimiento, al punto que siempre han vivido en la casa materna ubicada en la vereda Subia Norte del municipio de Silvania.

En 2014, la progenitora obligada por el incumplimiento, la ausencia y total abandono del demandado de sus deberes como padre, lo citó ante la comisaría de familia de Silvania para exigirle que se hiciera cargo de aquéllos, trámite en el que le fijaron una cuota de alimentos y le establecieron el régimen de visitas, obligaciones que nunca han sido cumplidas en debida forma por aquél.

Lina Paola perdió la vida en un accidente de tránsito el 28 de mayo de 2017 y desde entonces han sido sus abuelos maternos, tía y madrina Angela Patricia Ruiz González, los que se han hecho cargo del niño, pues el demandado sin importarle el estado de orfandad del niño ha persistido en ese desapego que siempre ha exhibido.

Fue así que el 1º de noviembre de 2017 lo citaron nuevamente ante la comisaría de familia de Silvania, donde se dispuso que la custodia y cuidado personal del niño continuaría en cabeza de sus abuelos maternos y se le impuso la obligación de cancelar una cuota mensual de \$150.000 como alimentos para el niño, con cuyo pago no ha cumplido, como tampoco ha estado presente en su proceso de formación educativa, ni acompañándolo en el ámbito personal o económico, de suerte que es la familia materna la que se encarga de matricularlo en el colegio, seguir su proceso educativo, garantizarle el acceso a la seguridad social y recreación, además de participar en su formación espiritual.

Se opuso el demandado aduciendo que ha contribuido con los alimentos del niño, con quien tiene contacto por vía telefónica y otras de forma personal cuando así se lo permiten los demandantes, ya que le niegan el derecho a verlo y visitarlo; en 2014 tuvo una crisis económica y como dejó de aportar dinero fue citado a la comisaría de familia, pero después se ha ido poniendo al día. Después del fallecimiento de la madre, los abuelos y tía

materna del niño lo han alejado e impedido compartir con su familia paterna, desconociendo que si bien en conciliación les otorgó la custodia de forma personal, fue solo para no afectarlo psicológicamente, porque siempre convivió con su madre y abuelos y por el dolor que aquéllos estaban sufriendo por la pérdida de su hija, quienes promueven el proceso con el único afán de reclamar como administradores lo que al menor le pueda corresponder a título de indemnización o como pensión por el deceso de su madre. Como consecuencia, formuló las excepciones que denominó 'inexistencia de la causal invocada para que se decrete la privación de patria potestad' y 'temeridad y mala fe'.

La primera instancia fue clausurada con sentencia estimatoria, decisión apelada por el demandado en recurso que, debidamente aparejado, esta Corporación se apresta a resolver.

II.- La sentencia apelada

A vuelta de unas apuntaciones teóricas, hizo ver que de los interrogatorios de los demandantes, así como de los testimonios de su tía materna Angela Patria Ruiz González y su padrino Diego Mauricio Roncancio, puede colegirse que el demandado ha sido negligente en cumplir su rol de padre, pues no solo la progenitora debió citarlo ante la comisaría de familia para que cumpliera con esas obligaciones, sino que también debieron hacerlo sus abuelos maternos tras el deceso de la madre.

Es más, el demandado aceptó que no acompañó al niño en el proceso de psicología tras la muerte de su madre, no inició proceso de custodia y tampoco solicitó ante autoridad administrativa o judicial alguna que se cumpliera con el régimen de visitas, lo que deja sin sustento la afirmación de que no se ha acercado al niño porque sus abuelos se lo han impedido; antes bien, tan ausente ha estado de sus obligaciones que no sabe si quiera en qué curso está su hijo y tampoco ha hecho presencia en sus actividades escolares, lo que demuestra que no ha sido comprometido y

diligente en el proceso de formación moral, emocional, personal y educativo del niño.

Además, los testimonios recaudados a favor de la parte demandada son contradictorios, pues mientras sus padres señalaron que siempre ha cumplido con la cuota alimentaria, aquél aceptó que no ha venido cumpliendo con ese pago, como se descubre también de que las consignaciones que aportó datan de los años 2014 y 2015, mientras que a partir del deceso de la madre solo obran dos; y eso sin contar con que en la entrevista realizada al niño, lo que quedó al descubierto es que no tiene un vínculo sólido con su padre y la falta de interés de aquél en fortalecerlo.

Así, el demandado debe ser privado de la patria potestad sobre su hijo y en lo que respecta a la cuota alimentaria debe mantenerse la fijada por la comisaría de familia de Silvania.

III. – El recurso de apelación

Lo despliega sobre la idea de que no ha existido un abandono del demandado para con su hijo, pues aunque Lina Paola Ruiz González lo citó a una conciliación en el año 2014, ello se debió a que pasaba por una situación económica difícil que le impedía cumplir con algunas de sus responsabilidades como padre, pero siempre ha mostrado su disposición para asistir a las audiencias, como lo hizo también con la citación que le hicieron los abuelos maternos en noviembre de 2017.

No debe perderse de vista que el proceso fue promovido por primera vez en febrero de 2018, esto es, apenas 3 meses después de haberse regulado provisionalmente el tema de la custodia, lo que revela un interés extraño de los abuelos de privarlo de la patria potestad sobre su hijo; la jurisprudencia ha dicho además que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes del padre conduce a la privación de la patria potestad, menos en un caso donde siempre ha estado presto a cumplir con sus

deberes de padre, pero que desde el deceso de la progenitora se lo han impedido, obstruyendo sus encuentros y visitas. Tan es así que no desmintieron que realiza llamadas a la abuela materna para preguntar por su hijo y que las salidas que ha programado no las ha podido realizar por los pretextos que usa la familia del niño.

Tan comprometido está el demandado con el bienestar de su hijo, que por ello accedió a que sus abuelos se quedaran provisionalmente con su custodia, dado que desde los inicios de su vida hasta ahora ese vínculo materno ha sido más fuerte; y aunque ha querido estar con el menor, no ha sido posible porque sus abuelos han provocado un alejamiento entre ellos; así, no puede haber privación, cuando no ha existido abandono, sino simplemente escasez económica para cumplir con el pago de la cuota alimentaria, pero debe darse prevalencia al derecho de los niños de tener una familia y no ser separados de ella.

Consideraciones

Sabido es que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres para que puedan cumplir con las obligaciones que la ley y la Constitución les impone frente a sus hijos menores de edad y que dentro de dichos poderes se encuentran, entre otros, el de representarlos en todos los actos jurídicos y el de administrar y gozar del usufructo de los bienes que éstos posean; no obstante, aunque encierra un conjunto de "*deberes establecidos en favor del hijo*", también envuelve "*los vínculos afectivos, económicos, disciplinarios y, en general de todo orden, que la relación filial determina*" (Cas. Civ. Sent. de Tutela de 25 de mayo de 2006, exp. 2006-00714-00).

La patria potestad, a su turno, puede ser suspendida o terminada cuando los padres incurren en las causales previstas en los artículos 310 y 315 del estatuto civil, determinación que trae como consecuencia el cese temporal o definitivo de la titularidad de dichas facultades, conservándose apenas los deberes que el padre o

la madre tienen con los hijos, entre ellos la obligación alimentaria.

De ahí que la médula de este tipo de procesos la constituya eso que la doctrina autorizada, con apoyo en normas superiores, conoce como el interés superior y prevalente del menor; a partir de ese concepto la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas [normatividad de rango superior según la doctrina constitucional (sentencias C-1003 de 2007 y C-203 de 2005 entre otras)] obliga a procurar que el niño, en lo posible, crezca al amparo de sus progenitores, pues, como lo reza su artículo 9°, es imperativo velar *“porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”*, de suerte que por ello se ha dicho que para el *“proferimiento, de una determinación de semejante naturaleza (...) el juzgador debe actuar con especial esmero, haciendo uso, si fuere del caso, de sus facultades oficiosas para que la causal invocada esté debidamente comprobada, pues no debe olvidarse que el amor, la presencia, guía e imagen paternal es necesaria para el desarrollo integral del niño”* (Cas. Civ. Sent. de 17 de abril de 2013, exp. 2013-00748-00 en la que reiteró el fallo de 25 de mayo citado); por supuesto que un cargo de tal gravedad exige una comprobación fática irrefutable, a partir de la cual pueda concluirse que, en efecto, ha existido un completo desapego para ejercer ese vínculo que los une por virtud del parentesco, que por su misma gravedad haga al padre indigno de mantener, aunque sea temporalmente, esa relación con su descendiente.

A juicio del juzgador a-quo, las pruebas del litigio evidencian un abandono que justifica la privación de la patria potestad que ejerce el demandado sobre el niño; y, refutándolo, dice la censura que una valoración en conjunto de esas pruebas conduce en dirección opuesta, pues permite concluir que no ha existido abandono, sino apenas una serie

de circunstancias que le han impedido cumplir adecuadamente con sus deberes como padre.

Al respecto cabe una precisión. La jurisprudencia constitucional ha considerado que “el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo”, pues ello sólo tiene ocurrencia cuando “el demandado ha abandonado –por su querer- al hijo” (Cas. Civ. Sent. de 22 de mayo de 1987; se subrayó), cosa que, a decir verdad, no se ve con esa contundencia que plantea la impugnación en este caso.

Cierto. La progenitora del menor fue la que siempre ostentó la custodia y cuidado personal del niño hasta su deceso y después de ese infortunado acontecimiento, siguieron haciéndolo los abuelos maternos; mas, el que la madre y los abuelos se hayan encargado de ello no implica necesariamente que el padre deba perder la patria potestad sobre el niño, pues en el fondo se trata de instituciones disímiles; mientras la patria se refiere al “conjunto de derechos que atribuye a los progenitores no solo la facultad de representar a sus hijos de familia, sino también la de ‘administrar su patrimonio y gozar de los frutos que éste produce’ (Casación Civil, sentencia de 10 de marzo de 1987; reiterada en auto de Cas. Civ. de 31 de octubre de 2002; exp. 1999-00252), es decir, como su nombre lo indica, es una potestad sobre los hijos al decir del artículo 288 del código civil, la custodia y cuidado personal, de acuerdo con el artículo 253 de ese mismo código, “establece una obligación a los padres de responder por la crianza y educación de los hijos” (Sentencia C-1026 de 21 de octubre de 2004).

Por esto es que la capacidad moral exigida por el legislador a los padres para “confiar el cuidado personal de los hijos” (artículo 254 de la codificación civil) no es ni puede ser un requisito para el ejercicio de la patria potestad, ni tampoco puede creerse que el aporte económico en los

gastos de la crianza, es decir el cumplimiento de la obligación alimentaria, lo sea, como quiera que, itérese, “ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer (...) no se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material (...) sino de comprobar, de manera irrefutable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres” (Cas. Civ. Sent. de 25 de mayo de 2006; exp. T 2006-00714-00, citada; resaltado ajeno al original).

Y, justamente, analizando las cosas bajo dicho enfoque, es que no puede hablarse aquí de un *“total abandono de los deberes filiales”* por parte del demandado frente a su hijo, pues si bien las pruebas recaudadas, como lo consideró el juzgado; describen el incumplimiento de sus deberes como padre, como quiera que de ellas se evidencia que no ha satisfecho *“plenamente la obligación de cuidar, asistir y proteger a la menor desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social”*, ello no es suficiente para decir que *“se produjo un abandono absoluto en los términos exigidos por la jurisprudencia”* y, desde luego, también del mismo legislador para que sea procedente esa causal de privación.

Conclusión que se impone con mayor razón si se tiene cuenta que el fundamento de la demanda no descansa propiamente en un abandono total del padre para con su hijo, sino en un ‘ejercicio indebido’ de la patria potestad dado el incumplimiento grave de sus deberes como tal, pues amén de que no ha estado al tanto de los sucesos importantes de la vida de Sergio Andrés, incluso habiendo faltado su progenitora, las pocas veces en que lo ha hecho no ha sido por iniciativa propia, sino por habersele citado ante la comisaría de familia, obviamente que si ello es así, en lo último que podría coincidir el Tribunal es en un abandono tal que autorice privarlo de la patria potestad sobre su hijo.

Empezando por las facturas y consignaciones que fueron allegadas al proceso por el demandado (folios 59 a 68 del cuaderno principal), con las que se acredita que realizó depósitos en la cuenta de ahorros dispuesta para los alimentos del niño entre los años 2014, 2015 y 2016 y dos consignaciones en el año 2018 a nombre de la abuela materna; así como las fotografías que dan cuenta que en algunas ocasiones han compartido como padre e hijo en distintos momentos de la vida del menor (folios 75 a 83 ibídem), lo que demuestra que no ha existido un total incumplimiento de sus deberes como padre, al punto que el proceso ejecutivo de alimentos que se promovió en su contra, solo involucra 10 cuotas del año 2018 y 4 del año 2019.

Por otro lado, véase cómo Angela Patricia Ruiz González dijo que su hermana se encargó de cumplir el rol de papá y mamá, porque él se desentendió completamente del tema, ya que *“la ayudó en algunas ocasiones con algunas cuotas”* pero *“no era cumplido (...) nunca consignaba lo que le tocaba, sino lo que le alcanzaba diría yo, después de que pasó lo de mi hermana, la responsabilidad la adquirió mi papá, mi mamá y pues yo los estoy apoyando a ellos”*, que cuando falleció Lina *“los primeros días lo acompañó, en la parte del sepelio, pero pues de todas formas Sergio fue esquivo porque hace mucho tiempo no lo veía y no compartía con él”*, que de la cuota alimentaria que se fijó en noviembre de 2017 que *“fue cuando mis papás quedaron con la custodia de Sergio, cumplió 6 cuotas, que es lo que más o menos creo que ha dado y de ahí para acá no”* y que en *“algunas oportunidades ha llamado, ha sido muy pocas veces pero sí llama habla con mi mamá y en algunas oportunidades pide hablar con el niño, Sergio al comienzo se negaba, se escondía, una vez debajo de la cama y creo que eso mi mamá le dijo y obligarlo no lo íbamos a hacer, como a finales del año pasado creo que sí compartió con él y lo pasaba pero creo que ha sido muy pocas veces las que Sergio quiere hablar con él, por lo mismo, porque Sergio casi no tiene contacto con él”*, palabras que no pueden ser más demostrativas de que la relación padre e hijo no ha estado signada por un abandono de esa jaez que autorice la

privación, pues aunque ésta ciertamente no se ha desarrollado en condiciones normales, ni con un efectivo cumplimiento de los deberes de aquél como padre, como es de esperarse pues son éstos los primeros llamados a estar comprometidos con la crianza y cuidado de sus hijos, lo cierto es que a pesar de ello ese lazo filial se ha mantenido vigente, al punto que a pesar de los pocos momentos en que ha hecho presencia en la vida de su hijo, el niño lo reconoce como su padre y manifestó su deseo de compartir más tiempo con él, porque le parece divertido cuando salen a pasear, aspecto que resaltaron en sus conceptos la defensora de familia y la trabajadora social adscrita al juzgado luego de escucharlo en entrevista, sobre la base de que al lado de ese incumplimiento marcado del demandado de sus deberes como padre, está el deseo del niño de compartir más espacios con él, lo que ameritaba realizar un proceso de acompañamiento y orientación para que de haber voluntad del padre se pueda construir un vínculo más sólido entre aquéllos.

Por su parte, Diego Mauricio Roncancio, padrino del niño, dijo que *“desde que falleció Lina pues por razones obviamente familiares ellos demandaron a Alfonso por la custodia del niño, porque pues estando en vida Lina y después de fallecida dentro de lo que yo he visto, Alfonso nunca ha estado presente en la mayor parte del tiempo, entonces pues la custodia, Sergio siempre ha vivido con los abuelitos y hasta cuando estuvo el niño con Lina, pues principalmente porque Alfonso no ha estado presente en un 100% como papá”*, pues estuvo pendiente apenas cuando *“nació porque obviamente ellos tenían la relación con Lina, entonces, pero fue relativamente corta, después de que Sergio nació, calculo menos de un año, pues que Alfonso estuvo presente, de ahí en adelante no tengo conocimiento y en el tiempo que he estado con los familiares de Lina no he compartido con Alfonso o he estado en el momento en que él haya estado presente como papá”*, atestaciones que terminan corroborando la idea de que no ha existido abandono por parte del demandado, pese a que en verdad puede hablarse de un cumplimiento precario de sus deberes como padre.

Así, aun sin reparar en los testimonios de Lidia Paola Poveda Herrera, Rosa María Cajamarca de Mendoza y Alfonso Mendoza Vásquez, compañera y padres del demandado, lo que rezume del expediente es que lo que ha existido es un incumplimiento de los deberes del demandado como padre, pero no una ausencia de la relación paternal como producto del abandono del progenitor frente a su hijo que autorice la privación o suspensión de la patria potestad, pues eso choca de manera directa con el interés superior del menor, ya que *“dentro del amplio espectro de derechos fundamentales del niño, reluce por su transcendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es incontestable que en su interior encuentra el menor el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico, requeridos para su sana estructuración mental y física”* (Cas. Civ. Sent. de 28 de julio de 2005, Exp. T. 00049 -01), aspectos en los que innegablemente es indispensable el concurso y la intervención también del padre y no solo de la familia materna, por lo que no podrá privarse a Sergio Andrés de su compañía, así sea únicamente en los días de visita.

En definitiva, al no haberse probado alguna causal de suspensión o terminación de la patria potestad, otro debía ser el resultado del litigio, por lo que la sentencia impugnada habrá de revocarse. La condenación en costas se impondrá de conformidad con la regla 4ª del artículo 365 del código general del proceso.

IV.- Decisión

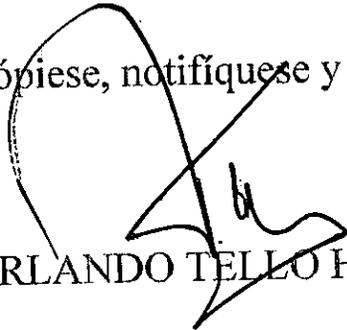
En mérito de lo expuesto, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de fecha y procedencia preanotadas para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

Costas de ambas instancias a cargo de los demandantes. Líquidense por la secretaría del a-quo,

incluyendo la suma de \$500.000 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ

Pablo Ignacio Villate Monroy
PABLO IGNACIO VILLATE MONROY



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ