

JUZGADO TRECE (13) DE FAMILIA DE ORALIDAD DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C. Cuatro (04) de Agosto de dos mil veintiuno (2021)

11001311001320210003700 (Custodia, Alimentos y Visitas)

ASUNTO A DECIDIR:

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición y en subsidio el de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor HAISSAM FAKIH MANTILLA, en contra del auto proferido el 7 de mayo de 2021, mediante el cual se rechazó la demanda.

En resumen, afirma el inconforme que en el auto inadmisorio de la demanda se afirmó que el actor no había cumplido con el requisito de procedibilidad previsto en el art. 40 de la ley 640 de 2001, respecto de cada una de las pretensiones formuladas en la demanda,

Indica el profesional del derecho que, si se revisa el texto de la demanda, sin mayor esfuerzo se puede apreciar un capítulo denominado medidas provisionales, el cual releva a la actora de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, dejando sin piso el auto inadmisorio de la demanda.

El inconforme también señaló que aun cuando no se necesita aportar requisito de procedibilidad por la razón anteriormente expuesta, el mismo fue agotado y se encuentra acreditado dentro del expediente.

El apoderado también indicó que, si bien es cierto que dentro del requisito de procedibilidad no se mencionó ninguna situación con relación a un permiso permanente de salida del país, de conformidad con lo previsto en el art. 122 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el operador judicial tiene la obligación de pronunciarse sobre todas las situaciones establecidas en el proceso que compromete los intereses del niño, aunque no hubieran sido alegadas por las partes y puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

El recurrente dijo que si se revisan las pretensiones principales y subsidiarias, todas pueden tramitarse por el mismo procedimiento.

Como otro aspecto señaló que si se revisa el acta de conciliación de custodia, alimentos y visitas, elevada por la Secretaría Distrital de Integración Social- Comisaría Primera de Familia Usaquén II, el 7 de octubre de 2020, en el penúltimo párrafo se consignó lo siguiente: “No se logra acuerdo conciliatorio de visitas, alimentos y custodia a favor de su hijo ZIAD FAKIH GARCÍA de 11 meses, identificado con NUIP número 1014901886 Indicativo Serial 59963992, registró (sic) expedido por la Notaria 52 del círculo de Bogotá. Por lo que se declara

“FRACASADA LA CONCILIACION”, lo cual demuestra que se agotó el requisito de procedibilidad.

El profesional del derecho señaló que dentro de los procesos de familia el juez puede decretar las medidas cautelares previstas en el literal f del numeral 5 del artículo 598 del C.G. del P.

Aunado a lo anterior, el apoderado indicó que el despacho está pasando por alto los derechos prevalentes del menor, en virtud de que no ha podido tener contacto con su progenitor.

Por otra parte, el apoderado del señor FAKIH MANTILLA citó la sentencia SU-573 del 14 de septiembre de 2017, la cual habla del exceso ritual manifiesto.

Finalmente afirmó que una vez sea decretada la medida provisional, enviará copia de la demanda y de los anexos al demandado, conforme lo prevé el Decreto 806 de 2020.

De acuerdo con lo expuesto el abogado solicitó la revocatoria del auto y en su lugar la admisión de la demanda.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

De entrada conviene destacar que los recursos tienen como propósito corregir errores de procedimiento, indebida aplicación de normas sustanciales, omisiones injustificadas etc., respecto de pronunciamientos que los interesados no comparten y cuyos efectos nocivos quieren evitar.

Como se sabe el art. 318 del C.G. del P., establece que el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el Juez, a fin de que se revoquen o reformen.

Bien, el art. 90 del C.G. del P. prevé que, mediante auto no susceptible de recursos, el juez declarará inadmisibile la demanda entre otros casos:

«7... Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.»

A su vez el art. 40 de la Ley 640 de 2001, prevé que en derecho de familia se debe agotar la conciliación previo al inicio del proceso en los siguientes casos:

« 1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.

2. Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias.

3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.

4. Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.

6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.

7. Separación de bienes y de cuerpos.» **Negrilla Fuera de Texto.**

De la prueba documental aportada dentro expediente se evidencia que la demanda tiene como finalidad principal que se otorgue la custodia del niño ZIAD FAQUIH GARCÍA, en cabeza de su progenitor. Como consecuencia de esta pretensión principal, el apoderado del señor HAISSAM FAQUIH MANTILLA, solicitó fijar una cuota de alimentos en favor de su menor hijo a cargo de su progenitora, a quien en ese caso se deben regular las visitas como madre no custodia.

Quiere decir lo anterior que para el inicio de la presente acción es obligatorio agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Como aspecto relevante para el presente recurso cabe señalar que como anexo de la demanda se allegó “CONSTANCIA DE NO ACUERDO DE ALIMENTOS No. 064/19 RUG 778”, de fecha 7 de octubre de 2020, expedida por la Comisaría Primera de Familia Usaquén dos de Bogotá, ante la cual, el señor HAISSAM FAKIH MANTILLA, convocó a la señora ANGI NAYLET GARCÍA BLANCO, para conciliar lo atinente a la custodia, alimentos y visitas de su menor hijo ZIAD FAKIH GARCÍA, según se desprende de lo consignado en el acta mencionada.

No obstante que el acta de no acuerdo se titula como “ACTA CONCILIACIÓN DE CUSTODIA, ALIMENTOS Y VISITAS”, y en ese mismo sentido se declaró fracasada la audiencia como lo resalta el apoderado, del contenido de esta claramente se advierte que la única pretensión del señor HAISSAM FAKIH MANTILLA, era la de obtener un régimen de visitas con su menor.

«PRETENSION: Solicitud por parte del señor **HAISSAM FAKIH MANTILLA**: manifiesta: “**Mi solicitud era acordar visitas con mi hijo**, dado que no puedo llevármelo y comparto únicamente en la casa de la mamá y me parece absurdo, propongo que pueda llevármelo los últimos 10 días el mes para que comparta conmigo y con mi familia.»

«**Mi solicitud expresa a es que quiero compartir con mi hijo**, no en el tiempo de la madre ni en su espacio, como es la única forma actualmente. **Por eso hice esta cita en la comisaria.**» **Negrilla y Subrayado Fuera de Texto.**

Basta con revisar el contenido del acta para determinar sin mucho esfuerzo que el convocante en ningún momento solicitó la custodia de su menor hijo, es más, el señor HAISSAM FAKIH MANTILLA, expresamente dijo el día de la audiencia que se encontraba de acuerdo que la custodia de su menor hijo continuara en cabeza de la progenitora.

«**En la custodia sigo estando de acuerdo con que la madre, cuide del niño y viva con él.**» **Subrayado y Negrilla Fuera de Texto.**

El convocante estaba tan de acuerdo con que la custodia continuara en cabeza de la madre del niño, que incluso se comprometió a seguir suministrando el pago de la niñera, el pago de una tarjeta de crédito y ofreció pagar la suma de \$2.000.000.

«Actualmente estoy haciendo el pago mensual de la niñera, que es de UN MILLÓN TRECIENTOS (\$1.300.000) MIL PESOS y le deje una tarjeta de crédito con un cupo de un millón (\$1.000.000) de pesos más un millón más que doy en especie. Yo estoy de acuerdo en consignarle en efectivo DOS MILLONES (\$2.000.000) DE PESOS, los primeros cinco días del mes y seguir pagando la niñera como le he venido haciendo.»

La conciliación se declaró fracasada porque la señora ANGI NAYLET GARCÍA BLANCO, no estuvo de acuerdo con el régimen de visitas planteado por el progenitor.

De la transcripción del acta de conciliación hecha en párrafos precedentes, claramente se establece que el convocante en dicha audiencia nunca estuvo en desacuerdo que la madre del menor siguiera teniendo la custodia de su menor hijo, por ello, si era necesario que se agotara el requisito de procedibilidad previo al inicio de la presente acción.

Que se haya titulado el acta como conciliación como custodia, alimentos y visitas, no quiere decir que se haya agotado el requisito de procedibilidad frente al tema específico de custodia, pues se reitera, el convocante en ningún momento la solicitó.

Como esta claramente determinado que no se agotó el requisito de procedibilidad en torno a la pretensión que hoy nos atañe, no se revocará la decisión bajo ese argumento, toda vez que la decisión se encuentra ajustada a derecho.

El profesional del derecho señaló que el Juez de familia puede decretar las medidas cautelares previstas en el literal f del numeral 5 del artículo 598 del C.G. del P.

La anterior afirmación no resulta acertada en virtud de que las medidas cautelares previstas en el **art. 598 del C.G. del P.** solamente proceden en procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, separación de cuerpos y de bienes, liquidación de sociedades conyugales, disolución y liquidación de sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes, sin que pueda hacerse extensiva a otra clase de asuntos como el de la custodia.

El apoderado del señor HAISSAM FAKIH MANTILLA, también mencionó como otro de sus argumentos que con la demanda se pidieron medidas provisionales, las cuales lo relevan para agotar la conciliación como requisito de procedibilidad.

El **parágrafo primero del art. 590 del C.G. del P.**, prevé:

“En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se soliciten la practica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.”

Para determinar si en este caso procede dicha excepción, pertinente resulta mencionar el concepto de las medidas cautelares y el tipo de medidas que constituyen una o hacen parte de estas. Para ello se traerá a colación lo dicho por el procesalista LÓPEZ BLANCO:

«1.1. El concepto de medida cautelar

Múltiples son las expresiones con que se denomina en las legislaciones el concepto en mención; así, como lo anota Santiago Fassi se habla de “providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, medidas cautelares, acciones preventivas”, y, agrego, también acciones cautelares y pretensiones cautelares, expresiones con las que se hace referencia a aquellas providencias que, ya de oficio, a petición de parte, puede adoptar el juez respecto de personas, pruebas o bienes que resulten afectados por la demora en la decisiones que se tomen dentro del juicio, siempre con carácter provisional y tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que se adopten por el juez y, en especial, de la sentencia una vez ejecutoriada.

La medida cautelar en el proceso civil busca precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas o los bienes, o sobre los medios de prueba mientras de inicio o se adelanta un proceso. Es frecuente el equivoco de pensar que ellas sólo se predicen sobre bienes, pero idéntica es su naturaleza jurídica cuando la institución recae respecto de personas.

Son medidas cautelares tanto el embargo de un bien como el depósito de menores en manos de uno de los padres o de un tercero, la orden de internamiento del discapacitado mental absoluto, o la interdicción provisional del presunto pródigo. En todos estos ejemplos el objetivo es el mismo: es asegurar que los fines del proceso puedan cumplirse a cabalidad y evitar perjuicios tanto económicos como personales.»¹

Precisado lo anterior, encontramos que el apoderado judicial del señor HAISSAM FAKIH MANTILLA, solicitó como medida provisional la custodia provisional del niño en favor de su padre y en caso de no acceder a ella pidió un régimen de visitas provisional durante el transcurso de proceso.

Las anteriores medidas provisionales constituyen un tipo de medida cautelares de carácter personal, que ha sido definida por el procesalista LÓPEZ BALNCO en su obra mencionada anteriormente como:

«...las personales, se refieren a las personas que son parte dentro del proceso o que están vinculadas al mismo, como sería el caso de autorizar residencia separada del cónyuge demandante en juicio de divorcio, disponer la custodia provisional de los hijos dentro del mismo proceso, o el ordenar el internamiento en institución especializada del discapacitado, en el proceso de interdicción.»

Teniendo en cuenta que las medidas provisionales solicitadas en el libelo demandatorio si constituyen una medida cautelar como quedo anteriormente dilucidado, es evidente que le asiste la razón al apoderado recurrente, toda vez que el parágrafo primero del art. 590 del C.G. del P. establece que no será necesario agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, cuando se soliciten medidas cautelares.

¹ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, Código general del Proceso Parte Especial, Dupre Editores Ltda, 2018.

Por otra parte, como la pretensión de permiso para salir del país, se puede acumular con las otras pretensiones al tenor de lo dispuesto en el art. 88 del C.G. del P., el despacho se pronunciará de ella al momento de dictar sentencia, previo al debate respectivo.

Como en el caso sub examine ya quedó sentado que las medidas provisionales solicitadas eximen al demandante de agotar el requisito de procedibilidad, obviamente no es necesario que remita copia de la demanda y de los anexos a la pasiva, de conformidad con lo previsto en el art. 6° del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En este orden de ideas, se revocará en su totalidad el auto dictado el día 7 de junio de 2021 y su lugar se procederá a admitir la demanda.

Por las razones anteriormente expuestas, el Juzgado Trece de Familia de Bogotá,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el auto de fecha 7 de mayo de 2021, por medio del cual se rechazó la demanda, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por auto separado de esta misma fecha se procederá a admitir la demanda.

NOTIFÍQUESE (2)


ALICIA DEL ROSARIO CADAVID DE SUAREZ
la Juez,

CRZ

NOTIFICACIÓN POR ESTADO No. 0127

HOY: 05 de Agosto de 2021 a las ocho de la mañana (8:00 A. M.)

LORENA MARÍA RUSSI GÓMEZ

SECRETARIA