



JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE SANTIAGO DE CALI

Santiago de Cali, quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020)

Auto No.:	1280
Proceso:	CUSTODIA, CUIDADO PERSONAL Y REGULACION DE VISITAS
Demandante:	JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ
Demandada:	LEYDI VIVIANA SOTO ARANGO
Radicación:	76001-3110-001-2020-00045-00
Providencia:	Resuelve Recurso de Reposición

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición contra el auto 896 de 29 de julio de 2020, mediante el cual se admitió la demanda, de Custodia, Cuidado Personal y Regulación de Visitas, interpuesta por el señor JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ, en contra de la señora LEYDI VIVIANA SOTO ARANGO, respecto de la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO.

ANTECEDENTES

La demanda de Ofrecimiento de Alimentos, Custodia, Cuidado Personal y Regulación de Visitas fue radicada en la Oficina Judicial de Reparto el pasado 7 de febrero de 2020, procediendo el despacho a inadmitirla mediante auto 484 del 3 de marzo de 2020, que fue notificado en el Estado No. 30 de 4 marzo de 2020.

Dentro de la oportunidad concedida, la parte demandante subsanó la demanda y desistió de los hechos y pretensiones que tienen que ver con el Ofrecimiento de Alimentos.

Posteriormente la Presidenta de Consejo Superior de la Judicatura, en virtud de la declaratoria de urgencia manifiesta para el control y contención del contagio del virus COVID 19 (Coronavirus) en la Rama Judicial se dispuso, entre otras directrices, la suspensión de términos judiciales, en los Acuerdos los PCSJA20-11517, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020.

Durante el periodo de suspensión de términos el Gobierno Nacional, adoptó medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales con el Decreto 806 de 2020, que modificó de manera transitoria el Código General del Proceso.

Mediante Auto 784 de 7 de julio de 2020, se adicionó el auto que inadmitió la demanda para someter el proceso a las modificaciones del Decreto 806 de 2020, auto que fue

notificado en el estado electrónico No. 50 de 8 de julio de 2020, a través de la página web de la Rama Judicial.

Acreditado él envió de la copia, de la demanda, los anexos y el escrito de subsanación al correo en donde la demandada señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, recibiría las notificaciones personales; mediante correo electrónico remitido el 9 de julio de 2020 y corregidas las demás falencias observadas en la providencia que adicionó el auto inadmisorio, se profirió el auto 896 de 29 de julio de 2020, mediante el cual se admitió la demanda de Custodia, Cuidado Personal y Regulación de Visitas.

Se recibió constancia de envió del auto admisorio de la demanda, a la demanda con fecha de 31 de julio de 2020, al correo electrónico de la señora LEYDI VIVIANA SOTO ARANGO, en consecuencia y transcurridos 2 días hábiles, se tuvo por notificada personalmente el 5 de agosto de 2020.

El 10 de agosto de 2020, la demandada presenta el poder conferido a la abogada en ejercicio NATALI ROMERO AYALA, quien a su vez formuló recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.

El 12 de agosto, se corre traslado electrónico No. 015 del recurso antes mencionado a la parte interesada, fijándose en la página web: www.ramajudicial.gov.co.

El 18 de agosto de 2020 la parte demandante presenta escrito pronunciándose sobre el recurso de reposición elevado por la parte demandada.

Posteriormente, al correo electrónico institucional del Juzgado, el 20 de agosto la parte demandada allegó la contestación de la demanda, formulando excepciones de fondo y el 28 de agosto el apoderado de la parte demandante descorrió las excepciones formuladas sin haberse resuelto la reposición invocada.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

La Apoderada Judicial de la parte demandante, sustenta el recurso de reposición en los siguientes términos:

1. Refiere en primera instancia que no se acreditó el requisito de procedibilidad, como lo dispone la norma procesal, debido que quien convocó la diligencia ante la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuya constancia fue allegada como prueba de su agotamiento, fue la señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO y que esta, fue convocada bajo unos parámetros y con unas pretensiones muy diferentes a las formuladas en la demanda.

Manifiesta, que, si el interés de la parte demandante es adelantar el trámite de Custodia, Cuidado Personal y Regulación de Visitas, debía haber solicitado una nueva diligencia de conciliación en los términos y parámetros en que el señor JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ, quisiese que quedara establecida y por esa razón no puede utilizar en su beneficio, la que ya había adelantado la progenitora en beneficio de su hija.

Indica que la constancia aportada en los anexos de la demanda, hace referencia de la citación que realizó la demandada, para establecer mediante documento, la custodia exclusiva y cuidado personal de la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO y regular las vistas del progenitor en un horario definido, en tanto que el demandante pretende la custodia compartida y un régimen de visitas que se acomode al horario laboral.

Es por esa razón que considera que la parte demandante no agotó el requisito de procedibilidad, porque la convocatoria que pretende acreditarse como tal, la hizo la señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, por unas pretensiones muy distintas a las formuladas con la demanda.

2. Argumenta, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 100 del Código General del Proceso, el asunto de la referencia esta incurso en la excepción previa de Incapacidad e indebida representación del demandante o del demandado; advierte que cuando el Juzgado inadmitió la demanda, se dijo que en el poder no se había señalado de forma clara contra quien iba dirigida la demanda y el demandado por su parte al subsanar la falencia, indicó que la demanda iba dirigida contra LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, pero quien en realidad debe fungir como demandada es la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO, quien es la titular del derecho y dada su minoría de edad, estaría representada por su progenitora, puesto no esta en capacidad de asumir su propia representación, razón para considerar que hay un error tanto en el poder y como en la demanda y como tal existe una carencia de legitimación de la causa por pasiva.
3. Manifiesta, también que hay Ineptitud de demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones. Al respecto sustenta su afirmación, en que la demanda no reúne los requisitos formales señalados en la norma procesal, porque no hay claridad en las pretensiones de la demanda y si bien desistió sobre el acápite de alimentos, es improcedente, acumular en este tramite la custodia, el cuidado personal y la regulación de las visitas, debido a que se da una contradicción, pues no hace referencia de los termino en que se le debe otorgar la custodia compartida y como deben regularse la visitas, conforme a su horario laboral.

Considera, que tal omisión genera una carga al Juzgador y de no observarse, lo obligaría decidir de forma extra-petita; indica que la pretensión de que se otorgue la custodia compartida y que el cuidado personal sólo este a cargo de la señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, es contradictoria e imposible de materializar y como tal genera confusión, pues considera que ambos términos jurídicos, están ligados al deber de cuidado de los niños, niñas y adolescentes, en cabeza de los padres, y/o quienes convivan con ellos y como un deber referido a la inmediatez de las personas que cuiden del menor, pues la custodia se refiere al cuidado personal, a su deber de vigilancia, crianza, educación, manutención, entre otros derechos y no puede pretenderse en consecuencia ostentar la custodia compartida y que la madre asuma el cuidado personal.

4. Por último, advirtió que el demandante, no apporto prueba sumaria de que se estuviese cumpliendo con la obligación alimentaria para reclamar la custodia, el cuidado personal y la visitas, como lo estipula el inciso 10 del artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia, pues se limita a allegar dos facturas, que no suplen los alimentos necesarios que ha requerido la niña, debido que hasta el momento de interponer la demanda no suministraba cuota alimentaria.

Concluye la recurrente, que no se cumplieron los requisitos de ley exigidos para la admisión y no se puede dejar a la suerte del juzgador quien tiene facultades ultra-petita y extra-petita, pues la parte demandante debía tener claridad en las pretensiones y en qué términos solicita que queden establecidas.

Razón para solicitar se revoque la providencia, atacada y en su defecto se proceda a rechazar la demanda.

CONTESTACIÓN AL RECURSO DE REPOSICIÓN

La parte demandante, sustenta los motivos por los cuales, suplica que no se atienda el recurso de reposición y en consecuencia se deje en firme la providencia objeto de controversia:

1. Manifiesta, que la citación para conciliación anexa a la demanda estaba dirigida para alimentos, visitas y custodia, razón para afirmar que las pretensiones son las mismas referidas en la demanda.

Que no le asiste razón a la recurrente, pues en su sentir, si se agotó el requisito de procedibilidad, porque allegó al proceso, la constancia de no comparecencia de fecha de 23 de enero de 2020, expedida por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde afirma que LEIDY VIVIANA ARANGO SOTO, no se hizo presente, ni presentó excusa verbal ni escrita, razón por la cual no fue posible llevar a efecto la diligencia, constancia que fue expedida a instancias del artículo 2 de la Ley 640 de 2001.

Considera que la no comparecencia de la progenitora a la diligencia convocada por la Defensora de Familia, hace presumir que a la señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, no le asistía animo conciliatorio, quedando así fracasada la diligencia de conciliación, por tal razón deja en libertad a cualquiera de las partes de acudir a la justicia ordinaria en procura de sus derechos.

Refiere que las argumentaciones de la parte pasiva, inducen a un error, al considerar, el demandante, estaba obligado a convocar nuevamente una diligencia de conciliación, ante la no comparecencia de la parte convocante, aunado a que las constancias señalan en el artículo 2 de la ley 640 de 2001, no hace mención respecto del interesado, pues no señala si es el convocante o el convocado quien debe hacer uso del requisito de procedibilidad, dejado más que claro que se cumplió la exigencia de la norma procesal.

Señala que conciliación, una vez solicitada le pertenece a la parte citante, pues le impone a este una responsabilidad de que se surta y una carga al solicitado de comparecer a dirimir las diferencias y más aun tratándose de los derechos y el bienestar de la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO, debido al interés superior que posee, porque goza de especial protección y que esta por encima de cualquier interés particular.

Refiere además que el requisito de procedibilidad se entiende agotado, cuando no se logre acuerdo y al no haber comparecido la demandada, se entiende que la diligencia de conciliación ha fracasado; de igual manera advierte que los efectos de la conciliación es Inter partes y en ocasiones se extiende a terceros y no es para una sola de ellas como lo interpretó la recurrente; y manifiesta que el señor JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ compareció en la fecha y hora fijada para la conciliación, a fin de establecer la custodia compartida, el cuidado personal de su hija, la regulación de visitas y la cuota alimentaria, debido a que de manera unilateral y arbitraria le fue privado el derecho de ver a la niña.

2. Aduce, que la inconformidad sustentada por la recurrente, carecen de asidero jurídico puesto que en la demanda y en el poder se encuentra acreditada su condición de madre y representante legal de la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO y lo mismo se debe observar en la subsanación de la demanda.

Considera que los argumentos esgrimidos por la parte demandada no cumplen los supuestos de hecho fáctico de este asunto y no se adecuan a la regla establecida en el numeral 4 del artículo 100 del Código General de Proceso, cuya interpretación es restrictiva; aseveración que sustente, citando al profesor HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, en la obra “Código General del Proceso, Parte General” editorial Dupre Editores, que hace referencia a la indebida representación.

Señala que la recurrente, confunde los conceptos de esta excepción y no estaría llamada a prosperar, debido al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, quienes gozan de especial protección y porque no tienen la capacidad para firmar y otorgar poderes o ser parte en un proceso, razón por la cual deben ser representados por sus padres en un proceso, pues así lo dispone el artículo 306 del Código Civil.

3. Advierte que hay una interpretación errónea y acomodada de la excepción formulada, pues las pretensiones, sobre custodia, cuidado personal y el régimen de visitas, se deprenen de los derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política, que están por encima del interés personal, los derechos de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella a su arbitrio, so pretexto a haber roto las relaciones amorosas de quien fue su pareja, debido a que se ha privado a la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO de tener cualquier vínculo con su progenitor, quien es la más perjudicada al negársele el derecho de estar con su padre por decisión unilateral de su madre.

En cuanto a la custodia y cuidado personal, indica que están reguladas en el artículo 23 del Código Infancia y la Adolescencia, que clarifica y pone de presente las diferencias existentes en ambos términos y por ello no existe indebida acumulación de pretensiones en la demanda.

Los artículos 160 y siguientes, 253, 257, 262 y 263 del Código Civil, también hacen referencia a los derechos de los menores de edad, respecto de la relación que deben sostener con cada uno de sus progenitores y en su sentir es necesario que la Operadora Judicial del Despacho conozca la situación actual de la niña, para que se permita al demandante tener contacto físico y afectivo con su hija, quien ha sido privado de manera injusta de su derecho como padre a tener cualquier contacto con ella.

Respecto del régimen de visitas, señala que el mismo está regulado en ordenamiento jurídico que protege de manera prevalente el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella y tal consideración resulta obvio en los casos de los padres del menor no conviven, debido a que la garantía de este derecho toma especial relevancia, pues la ruptura del vínculo entre los padres no puede ser excusa para eliminar el derecho de los niños a compartir con cada uno por igual.

Señala que es irrelevante que alguno de los progenitores ostente el cuidado personal de hijo, puesto que puede estar en cabeza de cualquiera de los dos, debido a que la normativa autoriza al otro a visitarlo, por lo tanto, faculta al juez regularlo y no con ello fallaría de manera extra-petita.

Acota en este sentido el pronunciamiento de la Sentencia de la Corte Constitucional T-384 de 2018, sobre la custodia compartida y solicita se tenga en cuenta y las normas legales mencionadas, así como las pretensiones incoadas en la demanda, porque no adolece de ningún vicio y menos indebida acumulación de pretensiones.

4. Señala que se equivoca la parte demandada, porque el señor JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ, durante la convivencia y desde el momento de la separación con la señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, ha venido cumpliendo de manera

permanente la cuota alimentaria voluntaria, debido a que aún no tiene fijada una cuota, como lo demuestra en con las facturas anexas con la demanda y las conversaciones por WhatsApp con la demandada donde manifiesto que recibió y agradeció los articulo adquiridos para la niña. De igual manera, adjunta los pantallazos de las trasferencias de dinero a la cuenta del banco BBVA a nombre de la progenitora que están destinados para la alimentación y vestuario de la niña MARAI CAMILA RODRIGUEZ SOTO.

Considera que existe por parte de la demandante, una actuación temerosa y de mala fe, debido a que insiste en coartar los derechos de demandante, por lo cual solicita sé niegue el recurso de reposición.

CONSIDERACIONES

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición elevado contra el auto No. 896 de 29 de julio de 2020, formulado por la parte demandada, en el orden señalado por la inconforme y los siguientes términos:

1. El artículo 90 del código General del Proceso, establece las reglas de admisión, inadmisión y rechazo de la demanda, y se advierte en su inciso 3º lo siguiente:

Artículo 90.- (...)

Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarara inadmisibile la demanda solo en los siguientes casos:

- 1.- *Cuando no reúna los requisitos formales.*
- 2.- *Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.*
- 3.- *Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.*
- 4.- *Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.*
- 5.- *Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.*
- 6.- *Cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario.*
- 7.- *Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.*

En estos casos el juez señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, para que le demandante los subsane el en termino de cinco (5) días, so pena de rechazo. Vencido el término para subsanarla el juez decidirá si la admite o la rechaza.

(...)

Para que la conciliación se constituya un requisito de procedibilidad se debe tener en cuenta los lineamientos señalados en la ley 640 de 2001, en su artículo, 2, el que establece::

ARTICULO 2o. Constancias. *El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:*

- 1.- *Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.*
 - 2.- *Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.*
 - 3.- *Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.*
- En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que*

expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.

De igual manera el artículo 35 señala lo siguiente:

Artículo 35.- Requisito de Procedibilidad. *Modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010.- En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad. Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.*

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

Con todo, podrá acudirse directamente a la jurisdicción cuando bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero.

(...)

Y el artículo 40 de la ley antes citada establece:

ARTICULO 40. Requisito de Procedibilidad en Asuntos de Familia *Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos:*

- 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.*

Nótese que tanto en la norma general y en la norma especial, no hacen distinción de ningún tipo, respecto de a que o cual parte se le debe acreditar el agotamiento del requisito de procedibilidad, simplemente señala la situación en que queda surtido esta exigencia y en los asuntos en que se debe surtir, inclusive tiene cabida para los permisos de salida del país tal y demás conflictos que se susciten en el ejercicio de la patria potestas, tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC12139-2019

Descendiendo al asunto de la referencia se observa a folios 8 del expediente escritural y pagina 9 expediente digital, la constancia de no comparecencia a diligencia administrativa de 23 de enero de 2020, expedido por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Centro, mediante la cual señala que a la diligencia convocada para esa fecha, se hizo presente JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ, en tanto que la señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, no se hizo presente, ni presentó excusa.

Ahora bien, al tratarse de una constancia, es claro que en ella no figure los términos o las pretensiones en la que fue convocada la audiencia de conciliación preprocesal, simplemente señala el objeto de la diligencia “FIJACION DE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL- CUOTA ALIMENTARIA – REGULACION DE VISITAS”, y en los termino señalado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, faculta a cualquiera de los interesados a acudir a esta jurisdicción, significa entonces que si esta surtido el requisito de procedibilidad, para adelantar la demanda.

2. Luego y de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 391 del Código General del proceso, la inconforme, invoca los hechos que en su sentir configuran excepciones previas y que de conformidad con el artículo 100 *ibídem*, hay una incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado, asociándolo de esta manera a que la demanda debió dirigirse contra la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO y no contra la progenitora señora LEIDY VIVIANA SOTO ARANGO, constituyéndose entonces, la demanda en una carencia de legitimación en la cauda por pasiva; y que se constituyó además la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formarles o por indebida acumulación de pretensiones en el sentido de que las pretensiones son confusas, al solicitarse la custodia compartida, el cuidado personal a cargo de la progenitora y a su vez se regule un régimen de visitas, generando en su defecto que el despacho asuma un fallo extra-petita.

El artículo 97 C.P.C., enlista taxativamente las excepciones previas que se pueden proponer, en el numeral 4 sobre la incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado; y el numeral 7 la de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de octubre de 2000. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez, dijo: *“Las excepciones procesales que el art. 97 del Código de Procedimiento Civil, califica como “previas” en consideración al examen preliminar, además de estar taxativamente determinadas por la ley, tienen como finalidad controlar la existencia jurídica y validez formal del proceso, depurándolo cuando sea el caso de defectos o impedimentos que atentan contra la eficacia misma del instrumento. De ahí que, por vía del principio general, ellas tengan como objetivo salvaguardar los presupuestos procesales, para disponer los saneamientos correspondientes cuando haya lugar, o provocar el aborto del proceso, terminándolo formalmente, cuando las deficiencias no se superan y siguen gravitando en él.”*

Centrándonos en el tema de la incapacidad, se debe tener en cuenta que el sentido de la norma se refiere a la capacidad para ser parte en el proceso, consiste en la posibilidad de que un sujeto de derechos integre uno de los extremos de la litis, es decir que sea demandante o demandado.

Y la indebida representación se configura, cuando quien debe comparecer al proceso, no lo hace en las formas legales previstas, o quien lo representa no reúne los requisitos para ello.

La Corte Suprema de justicia mediante auto del 27 de agosto de 2002. Magistrado Jorge Antonio Castillo refiere *“... Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado. La incapacidad solo puede predicarse de las personas naturales y obra cuando demanda o es demandada una persona incapaz, considerándola capaz. La indebida representación ocurre tanto en las personas naturales como en las jurídicas y se configura cuando alguien demanda o es demandado por conducto de quien no es el representante...”*

Descendiendo a asunto de la referencia, no se observa que exista una inhabilidad o una indebida representación respecto de la demanda, pues que la demanda fue formulada por el señor JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ, en contra la señora LEYDI VIVIANA SOTO ARANGO, para la custodia, el cuidado personal y regulación de visitas, respecto de la niña MARIA CAMILA.

Es claro que la controversia a dirimir, surge de la disputa de los progenitores, para ejercer del derecho que tienen como tales de asumir la custodia y de poder visitar a la niña y de la obligación del cuidado personal.

De igual manera no se visualiza en el expediente que demandante y demandada, ostenten inhabilidad alguna para ejercer los derechos y las obligaciones atribuibles a los padres, al contrario, tanto el padre y como la madre son garantes de que los derechos que tiene la niña MARIA CAMILA y son ellos los primeros responsables de que ella, tenga un adecuado desarrollo psicológico, afectivo, social y emocional, pues es uno de lo objetivos de la responsabilidad parental.

Aunado a lo anterior se tiene además que es indiferente para esta operadora, en cabeza de quien recae la demanda, en este caso en particular, el interés surge de la garantía de los derechos prevalentes superior de la menor, siempre con respeto de las garantías de todos los interesados, pues es facultad señalada en el artículo 42 del Código General del Proceso, interpretar la demanda de manera que permita decidir de fondo, respetando el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

El artículo 23 de Código de Infancia y Adolescencia dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres asuman su custodia, para el favorecimiento de su desarrollo integral. Añade que la obligación de cuidado personal se extiende también a quienes convivan con ellos en el ámbito familiar, social o institucional, así como a sus representantes legales.

Se observa además que, ni la norma sustancial general, ni en la norma especial, ni en la norma procesal, regule una restricción, respecto de contra quien debe ir dirigida la demanda, pues no dispone que se debe encaminar en contra de los niños, niñas y adolescente, solo reza que en caso de que un niño, niña o adolescente, se constituya en parte demandante o demandada, será representado por sus progenitores o alguno de ellos, su representante legal o el Defensor de Familia y a que se les aplique las garantías del debido proceso.

De igual manera tampoco se configura una indebida representación, pues como ya se dijo ambas partes ejercieron de manera libre y voluntaria su derecho de postulación y los profesionales del derecho que los asisten, no tiene impedimento alguno para ejercer la abogacía tal y como consta en las certificaciones expedidas por el Consejo Superior de la Judicatura que reposan a folio 23 del expediente escritural y pagina 25 expediente digital y folio 128 y pagina 136 expediente digital.

Por último, se evidencia que la legitimación en la causa no tiene ninguna relación con la capacidad jurídica de los sujetos que integran las partes, tampoco tiene relación con la titularidad material del derecho o la obligación discutida porque, de ser así, se confundiría con la prosperidad de la pretensión y lo que debe ser resuelto en el fallo.

La legitimación en la causa es un requisito que determina quienes están autorizados para obtener una decisión de fondo, por ser precisamente quienes tienen un interés jurídicamente relevante en discusión.

3. Comprende ahora abordar la excepción previa de falta de requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones, básicamente fundamentada en la confusión que le genera a la parte recurrente, la forma en que se solicitó la custodia y el cuidado personal.

La inconformidad, esta llamada al fracaso, porque al revisar el contenido de la demanda, en particular los hechos, se observa que los mismos no contradice las pretensiones, porque tratándose de un proceso verbal sumario, los asuntos de única instancia tales como la custodia, cuidado personal y visitas, son acumulables, no se excluyen entre sí, inclusive tiene cabida los asuntos que versen sobre alimentos y demás controversias que se susciten respecto de ejercicio de la patria potestad.

Distinto es, la oferta de alimentos que se había solicitado y que ya no viene al caso mencionar, porque bastante ilustración se hizo en su momento, cuando se revisó por primera vez la demanda y se profirió el auto inadmisorio, pues tal trámite, fue objeto de desistimiento de la parte demandante, cuando ajustó el petitorio inicial.

Se advierte de antemano que el cumplimiento pleno de los requisitos formales de la demanda en los términos del artículo 82, 84, 88 y 89 del Código General del Proceso, no es óbice para que prosperen las pretensiones, porque este escrutinio debe ser sometido a un completo análisis de la situación fáctica y jurídica.

Conforme a lo expuesto resulta evidente que las excepciones propuestas a manera de recurso de reposición, no tienen vocación de prosperidad por lo cual no se concederán.

4. Por último, procede resolver sobre la condición exigida en el penúltimo inciso del artículo 129 del Código de la Infancia y Adolescencia que señala: “... *Mientras que el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en el ejercicio de otros derechos sobre él o ella...*”

En este aspecto le asiste la razón a la recurrente, en el sentido literal de la norma, pues en ese aspecto la Corte Constitucional así lo ha referido en sentencia C-011/02:

“... 4.1. El cumplimiento de la obligación alimentaria es un presupuesto razonable y proporcionado que debe cumplir el deudor para reclamar derechos relativos al menor

El artículo 229 superior garantiza el acceso a la administración de justicia, en tanto el artículo 29 del mismo ordenamiento prevé que las actuaciones judiciales, al igual que las administrativas, se adelanten con pleno cumplimiento de las garantías constitucionales. Es decir, la Constitución Política garantiza tanto el derecho al proceso, como la forma a la que éste debe sujetarse.

De antemano cabe precisar que corresponde al legislador determinar los requisitos y presupuestos para el ejercicio de las acciones y al demandante la libre elección de la vía procesal que más le convenga para la defensa de sus derechos e intereses, atendiendo tales requisitos y presupuestos.

De tal suerte que el legislador puede válidamente conminar, a quien pretende la custodia o el cuidado personal del menor³⁾ o el ejercicio de otros derechos relacionados con el mismo, a demostrar que atiende las necesidades básicas de éste, o su congrua subsistencia, porque el ordenamiento tiene previstos diferentes procedimientos para determinar la manera de hacerlo que hacen de la exigencia un asunto sencillo y fácil de cumplir.

Lo anterior en razón de que el Código del Menor posibilita al deudor para que ofrezca el monto con el que va a cubrir su obligación, para que promueva una conciliación, o para que inicie un proceso de alimentos, procedimientos que pueden ser utilizados no solo para la determinación del monto con el que, periódicamente, el alimentante debe responder, sino también para la revisión de la cuota previamente fijada o convenida –artículos 133 a 159-.

De manera que la exigencia de demostrar el cumplimiento de la obligación alimentaria no puede considerarse contraria a los artículos 29 y 229 constitucionales, puesto que, además de responder a la finalidad legítima de propender por la subsistencia del menor, no se trata de un obstáculo impuesto para impedir el acceso a la justicia, sino de una medida razonable destinada a garantizarle al niño su desarrollo armónico e integral, de cara a quien, precisamente, acude ante la administración de justicia con el objeto de hacer efectivos sus derechos en relación con el menor –artículo 44 C.P.-

De igual modo, la carga procesal de acreditación del pago de la cuota alimentaria, como requisito de acceso a la justicia, en cuanto puede demostrarse por cualquier medio probatorio, incluyendo la simple afirmación, no constituye un obstáculo capaz de disuadir al interesado del ejercicio de las acciones, de impedirle la formulación de excepciones o de supeditar sus intervenciones.

A su vez, como quiera que quien no demuestra que está dando cumplimiento a su deber de atender los requerimientos alimentarios del menor, si bien no puede ejercer sus derechos de acción y de contradicción en relación con el menor, puede subsanar fácilmente su omisión allanándose a cumplir con tales requerimientos, la exigencia en comento no hace inoperante ni trunca los mencionados derechos.

Es por las razones anteriormente expuestas que la exigencia del legislador impuesta al alimentante, respecto del cumplimiento de la obligación alimentaria, para ejercer los derechos relacionados con el menor, no quebranta el ordenamiento constitucional, en razón de que se trata de un requisito posible y sencillo de cumplir, además de enorme trascendencia para el desarrollo del menor^[4], dada la ordinaria imposibilidad de éste de atender no solamente su congrua subsistencia, sino también sus necesidades básicas y la defensa de sus propios intereses.” (negritas y subrayas fuera del texto)

En el hecho CUARTO de la demanda presentada, se dijo lo siguiente: **“CUARTO: Desde el día 15 de abril de 2019, fecha en que nace la niña MARIA CAMILA RODRIGUEZ SOTO, el señor JUAN CAMILO RODRIGUEZ PAZ, nunca se ha sustraído de la obligación legal de suministrar Alimentos, vestido y cuidado personal en favor de la misma”.** Esta afirmación, es más que suficiente para que el demandante pueda acceder a la administración de justicia, para escuchar sus pretensiones.

Ahora bien, reposa en el plenario una serie de documentos y lo mismo sucede con los documentos anexos en el memorial que descurre el traslado del recurso, en donde el demandante pretende demostrar una serie de compras y consignaciones, como alimentos voluntarios, pues se desconoce sobre la existencia de acuerdo o sentencia de esa índole.

Documentos que como tal son objeto de estudio en la etapa procesal correspondiente y son susceptibles de oposición por parte de la demandada con la carga de la prueba que asuma en el ejercicio de su derecho a la defensa, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso; contradicción que ya ejerció con la contestación de la demanda con excepciones de fondo, allegada en memorial de 20 de agosto pasado y que en su oportunidad también será objeto de estudio.

Teniendo en cuenta que los hechos de la demanda admiten prueba en contrario, impone a esta Instancia, asumir el análisis jurídico correspondiente al momento de hacer la valoración de las pruebas en su conjunto, en la sentencia, de conformidad con los términos señalados de los artículos 173, 280 y 281 del Código General del Proceso.

Así las cosas, no está llamado a prosperar el recurso interpuesto por la apoderada de la demandante en ninguna de las inconformidades expuestas en la demanda y surtido el trámite de ejecutoria de esta decisión se continuará con el trámite procesal subsiguiente.

En mérito de lo anterior, **EL JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE SANTIAGO DE CALI,**

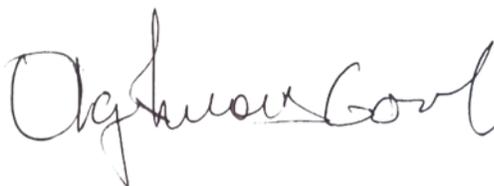
RESUELVE:

PRIMERO. - NO REPONER para revocar el Auto No. 896 de 29 de julio de 2020, mediante el cual se admitió la demanda de Custodia, Cuidado Personal y Regulación de Visitas, al tenor de lo dispuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO. - RECONOCER personería Jurídica a la abogada en ejercicio NATALI ROMERO AYALA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.113.640.015 y T.P. No. 262400 del C.S.J. como apoderada de la demandada, para los efectos legales y los expresamente señalados en el poder otorgado.

NOTIFÍQUESE

Juez



OLGA LUCIA GONZALEZ



JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA
DE CALI- VALLE

La providencia que antecede se notifica

hoy _____

En el estado No. _____

JHONIER ROJAS SANCHEZ
Secretario