

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C., SALA DE FAMILIA**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011)

**Ref. PROCESO DE DESIGNACION DE GUARDADOR a la menor
JUANA GABRIELA MELO DÍAZ-** (Ap. sentencia)

Magistrado Ponente: **IVAN ALFREDO FAJARDO BERNAL.**

Discutido y aprobado en sesión del nueve (9) de noviembre de dos mil diez (2010), según consta en el acta No. 086 de la misma fecha.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sesenta y Uno Judicial II Familia, contra la sentencia proferida el quince (15) de junio de dos mil diez (2010), por el Juzgado Primero (1º) de Familia de esta ciudad, dentro del proceso de referencia.

ANTECEDENTES

El Defensor de Familia del Centro Zonal Rafael Uribe Uribe, actuando a favor del interés superior de la menor JUANA GABRIELA MELO DÍAZ, por solicitud de la señora MARÍA INÉS DÍAZ ARÉVALO, presentó demanda, para que, previos los trámites legales, se despachen favorablemente, las siguientes pretensiones:

*"1. Que mediante sentencia se disponga que la señora **MARIA INES DIAZ AREVALO**, identificada con C.C. No. 41.331.528 expedida en Bogotá y quien es la Abuela Materna (sic) de la niña **JUANA GABRIELA MELO DIAZ**, sea designada su **GUARDADORA LEGÍTIMA** General hasta que este (sic) cumpla su mayoría de edad.*

"2. Que se le discierna el cargo a la Guardadora (sic) una vez queda en firme el Decreto Judicial (sic) por medio del cual sea Designada (sic), solicitando desde ya que **MARIA INES DIAZ AREVALO**, abuela materna de la niña, sea exceptuada de prestar fianza, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Código Civil al respecto.

"3. Inscribir la Sentencia Judicial (sic) de designación de Guardadora (sic) en el Folio (sic) de nacimiento de la niña **JUANA GABRIELA MELO DIAZ**, Oficiase en tal sentido a la Notaría 33 de Bogotá.

"4. Ordenar la expedición de copias autenticas de la respectiva Sentencia, a la demandante y a costa suya".

Fundamentó las anteriores pretensiones en los hechos que se resumen a continuación:

1. JUANA GABRIELA MELO DIAZ, nacida el 22 de abril de 2002, es hija de ELSY PATRICIA MELO DÍAZ, quien falleció el 25 de agosto de 2008. El nacimiento fue inscrito por su progenitora en la Registraduría de Tunjuelito en la ciudad de Bogotá; no se tiene noticia de quien es el padre de la menor.

2. JUANA GABRIELA ha estado bajo el cuidado de la abuela materna, MARÍA INÉS DÍAZ ARÉVALO, quien la ha cuidado desde su nacimiento, la lleva al colegio y ha estado pendiente de ella mientras la progenitora trabajaba.

3. ELSY PATRICIA MELO DÍAZ cotizó para pensión a través del I.S.S, por lo que, al ocurrir su deceso, la niña JUANA GABRIELA MELO DÍAZ es quien tiene derecho a la sustitución pensional, y, como es menor de edad, y no esta sujeta a patria potestad, requiere de representación judicial.

4. El Defensor de Familia del centro zonal Rafael Uribe Uribe, otorgó la custodia provisional de la menor a su abuela materna MARÍA INÉS DÍAZ ARÉVALO, según quedó consignado en el acta de conciliación No 192. -fl. 13 cdno. ppal-.

ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda así concebida correspondió por reparto al Juzgado Primero (1º) de Familia de esta ciudad, despacho que la admitió a trámite mediante providencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil nueve (2009),

disponiendo imprimirle el trámite de ley, ordenó notificar al Defensor de Familia como al agente del Ministerio Público, y ordenó citar mediante emplazamiento a los parientes de la menor, que se crean con derecho a ejercer su guarda.

Surtido el trámite correspondiente, concluyó la instancia mediante sentencia del quince (15) de junio de dos mil diez (2010), donde el *a quo* designó a MARÍA INÉS DÍAZ ARÉVALO como guardadora de la menor JUANA GABRIELA MELO DÍAZ; dispuso inscribir la sentencia en el registro civil de nacimiento de la menor; ordenó a la guardadora presentar el inventario solemne de bienes de la menor; exoneró a la guardadora de prestar caución, dispuso notificar el fallo al Defensor de Familia, y la expedición de copias de la sentencia.

La Procuradora Sesenta y Uno Judicial II de Familia interpuso recurso de apelación contra los numerales tercero y cuarto de la sentencia, argumentando que el inventario de bienes debe ser presentado por un auxiliar de la justicia, dado que los requisitos para el ejercicio del cargo del curador del impúber, se encuentran regulados en el artículo 53 de la Ley 1306 de 2009, y en el fallo se dispuso exonerar a la guardadora de prestar caución, con base en una norma derogada, como lo es el artículo 464 del Código Civil, cuando la norma aplicable es el numeral 1º del artículo 84 de la Ley 1306 de 2009.

Cumplida la ritualidad procesal propia de esta instancia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, con apoyo en las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se encuentran satisfechos los presupuestos procesales para dictar sentencia, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, para comparecer en juicio y competencia del juez para conocer del proceso presentado. Así mismo, no se advierte que se haya incurrido en alguna causal de nulidad que obligue a invalidar parcial o totalmente lo actuado.

Así mismo, se encuentra satisfecho el requisito material para dictar sentencia, como es la legitimación en la causa por activa, si se tiene en

cuenta que la demanda de designación de guardador fue promovida por la defensoría de familiar a solicitud de MARÍA INÉS DÍAZ ARÉVALO, abuela materna de la menor JUANA GABRIELA MELO DÍAZ, quien no se encuentra sometida a patria potestad, como quiera que la progenitora de la menor ELSY PATRICIA MELO DÍAZ falleció el 25 de agosto de 2008, y la niña no fue reconocida por el padre.

Las tutelas y curadurías son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden obligarse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios; y, en el caso de los menores de edad, a quienes no se hallen bajo la patria potestad o potestad parental de sus progenitores, que son los llamados *ope legis* a asumir, en principio, su representación legal. La curaduría se caracteriza porque confiere al guardador la representación del prohiado, así como la administración del patrimonio y la protección y cuidado del representado.

En torno al tema, tiene dicho la jurisprudencia¹: *"La curatela general se caracteriza porque confiere al guardador simultáneamente la representación del pupilo, la administración de su patrimonio y el cuidado de la persona. Las demás formas de curadurías no se refieren directamente a la persona sino sólo a su patrimonio, o a parte de él, o a su representación en un acto aislado de su actividad jurídica."*

"Como ya está dicho, las guardas se han establecido con el fin de proteger los intereses del pupilo. En este objetivo se proyectan todas las disposiciones legales que regulan la materia".

La Ley 1306 de 2009, expedida el 5 de junio de 2009, consagró como medida de protección para los menores de edad que carezcan de representante legal y, por ende, no estén sometidos a la potestad parental, la designación de un curador. Los requisitos para el ejercicio del cargo son los mismos previstos en esa normatividad especial para el curador de la persona con discapacidad mental absoluta. El artículo 53 de la norma en cita establece: ***Curador del impúber emancipado.*** *La medida de protección de los impúberes no sometidos a patria potestad será una curadora. La designación del curador, los requisitos de ejercicio de cargo y las facultades*

¹Sent. 5 de septiembre de 1972, G.J. CXLIII, pág. 127

de acción serán las mismas que para los curadores de la persona con discapacidad mental absoluta”.

El artículo 86 de la Ley 1306 de 2009 prevé que: *“El inventario contendrá la relación detallada de cada uno de los bienes y derechos del interdicto o del niño, niña y adolescente. Dicho inventario será confeccionado dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, por uno o más peritos contables, según se requiera, designados por el Juez de la lista de auxiliares de la justicia”*

A su turno, el artículo 87 siguiente señala: **“Recepción de los bienes inventariados.** *Efectuada la posesión, se entregarán los bienes al guardador conforme al inventario realizado de conformidad con el artículo 44 de la presente ley, en diligencia en la cual asistirá el Juez o un comisionado suyo y el perito que participó en la confección del mismo. El guardador podrá presentar las objeciones que estime convenientes al inventario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los bienes, con las pruebas que sustenten su dicho y estas objeciones se resolverán mediante diligencia incidental. Aprobado el inventario, se suscribirá por el guardador y el Juez y una copia auténtica del mismo se depositará en la oficina de Registro de Instrumentos públicos, para su conservación y la inscripción relativa a los bienes sujetos a registro”.* (Subrayados de la Sala)

Por esta razón, a voces del numeral 6º del artículo 42, el juez en la sentencia, además de proveer sobre el guardador, debe designar un auxiliar de la justicia, para que en el término de sesenta (60) días, proceda a confeccionar el inventario de bienes del incapaz, tras el cual, fijará la garantía que debe constituir el guardador, salvo los caso exceptuados de ello, para luego, proceder a posesionar al guardador, a quien le entregará en el mismo acto los bienes inventariados.

De acuerdo con lo anterior, constituye un requisito *sine qua non* la confección del inventario de bienes del pupilo, pero no por el propio guardador designado por el juez, sino por un auxiliar de la justicia, dado que constituye una actuación previa al ejercicio del cargo por parte del guardador designado en sentencia, como quiera que dicho requisito forma parte de las *“Diligencias y formalidades para proceder al ejercicio de la guarda”*, conforme

se encuentra previsto en la Sección Cuarta del Capítulo IV de la Ley 1306 de 2009.

Aplicados los anteriores conceptos al caso sometido a estudio, es forzoso concluir que, como lo advirtió el ministerio público al suscitar la alzada, el numeral tercero de la sentencia objeto del recurso de apelación, debe ser revocado, para, en su lugar, ordenar al *a quo* que proceda a designar un perito contable de la lista de auxiliares de la justicia para que confeccione, en un término no mayor de sesenta (60) días, el inventario y avalúo de todos los bienes y derechos que conforman el patrimonio de la menor JUANA GABRIELA MELO DÍAZ. Los honorarios del auxiliar de la justicia, en principio, deberán ser cancelados con cargo al haber de la menor impúber, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1306 de 2009 o por el Instituto Colombiano de Bienestar familiar, si fuere el caso.

Por otra parte, el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, que exonera a la guardadora MARÍA INES DÍAZ ARÉVALO de prestar la caución, debe ser aclarado en el sentido de que la guardadora queda exonerada de prestar caución de conformidad con el numeral 1º del artículo 84 de la Ley 1306 de 2009, por ser la normatividad aplicable al caso, pues el juez soportó su decisión sobre ese punto en una norma –art. 464 del C.C.- que fue derogada por el artículo artículo 119 ley 1306 de 2009-.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero (3º) de la sentencia proferida el quince (15) de junio de dos mil diez (2010), por el Juzgado Primero (1º) de Familia de esta ciudad, mediante el cual se ordenó a la guardadora elaborar el inventario solemne de bienes, para, en su lugar, ordenar al *a quo* que proceda a designar un perito contable de la lista de auxiliares de la justicia para que confeccione, en un término no mayor de sesenta (60) días, el inventario y avalúo de todos los bienes y derechos que

conforman el patrimonio de la de la menor JUANA GABRIELA MELO DÍAZ. Los honorarios del auxiliar de la justicia, en principio, deberán ser cancelados con cargo al haber de la menor impúber, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1306 de 2009 o por el Instituto Colombiano de Bienestar familiar, si fuere el caso.

SEGUNDO: ACLARAR el numeral cuarto (4º) de la sentencia proferida el quince (15) de junio de dos mil diez (2010), por el Juzgado Primero (1º) de Familia de esta ciudad, en el sentido de exonerar a la guardadora MARÍA INÉS DÍAZ ARÉVALO de prestar caución, de conformidad con el numeral 1º del artículo 84 de la Ley 1306 de 2009.

TERCERO: DEVOLVER las diligencias al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL

LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

ÓSCAR MAESTRE PALMERA

Ref. PROCESO DE DESIGNACION DE GUARDADOR a la menor JUANA GABRIELA MELO DÍAZ- (Ap. sentencia)