



JUZGADO VEINTISÉIS CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Radicación: 11001 4003 026 2019 00682 00

Demandante: JUAN PABLO HEITZ GARAVELLI

Demandada: KAROL SULAYS DOMINGUEZ CONTRERAS

Encontrándose el Despacho dentro del plazo previsto en el artículo 373 del C.G.P., procede a dictar sentencia conforme informó que lo haría en la audiencia que tuvo lugar el pasado 1º de diciembre de 2020, previo compendio de los siguientes,

Antecedentes

1. El señor Juan Pablo Heitz Garavelli, actuando a través de apoderado judicial, instauró demanda verbal contra la señora Karol Sulays Domínguez Contreras, para que se le declare civil y extracontractualmente responsable por los daños causados como consecuencia de la retención ilícita de la menor S.L.H.D en Colombia y de la renuencia a cancelar los gastos de restitución de la menor a España. En esa medida, pidió que se la condene a pagar (i) en la modalidad de daño emergente, la suma de \$31'151.972, (ii) por concepto de daño moral, la suma de 100 SMLMV y, (iii) por concepto de daño a la vida de relación, la suma de 100 SMLMV, todo ello indexado e incluyendo intereses civiles desde la fecha de causación hasta que se produzca su pago efectivo.

Como soporte de sus pretensiones, refirió lo siguiente:

1.1. Las partes contrajeron matrimonio, convivían en Madrid España y son padres de la menor S.L.H.D., quien nació el 2 de mayo de 2012 y tiene dicha nacionalidad; sin embargo, la demandada viajó a Colombia con la menor, el **16 de febrero de 2015**, manteniéndola sin la voluntad del demandante en dicho país, lo que dio lugar a la presentación de una demanda de restitución internacional de la menor conforme al Convenio de la Haya -acumulándose a la formulada por el ICBF-, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado 1º de Familia de Valledupar -radicado 2015-661-.

1.2. El **28 de enero de 2016** se realizó la audiencia inicial, a la cual asistió el demandante acompañado de su apoderada, debiendo para ello pagar los gastos de que dicho viaje ocasionó, así como los de retorno, el 30 de enero de 2016 y los gastos de hospedaje; luego, el **26 de febrero de 2016**, se practicó la audiencia de instrucción y juzgamiento, para lo cual debió asumir los tiquetes aéreos de su apoderada, quien retornó al día siguiente a Bogotá. En esa oportunidad, el Juzgado decidió no acoger las pretensiones de la demanda, frente a lo cual el señor Heitz formuló recurso de apelación.

1.3. El Tribunal Superior de Valledupar conoció en segunda instancia el asunto, quien celebró audiencia de sustentación y fallo el **9 de junio de 2016**, para lo cual nuevamente el demandante viajó a Colombia el 7 de junio de 2016, debiendo asumir los gastos aéreos y de estadía que ello generó, lo mismo que los viáticos de él y su apoderada hasta la ciudad de Valledupar. En esta ocasión, el Tribunal revocó la

decisión del Juzgado de primera instancia y ordenó la restitución de la menor a España, con el acompañamiento del ICBF, quien debía cumplir labores de intervención psicosocial.

1.4. Adicionalmente, la demandada, a quien se le ordenó asumir los gastos de traslado de la menor, se negó a ello; ante esa circunstancia, el demandante se vio obligado a postergar su viaje de regreso, programado inicialmente para el 14 de junio de 2016, y comprar dos nuevos tiquetes aéreos para él y su hija, quienes finalmente viajaron el **25 de junio de 2016**.

1.5. Inconforme con la decisión del Tribunal, la hoy demandada, el 9 de junio de 2016, formuló acción de tutela que le correspondió a la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, quien, en fallo de 6 de septiembre siguiente, ordenó que se profiriera nueva decisión en el proceso; contra esa determinación el hoy demandante formuló impugnación, que le correspondió a la misma Corporación, en Sala de Casación Laboral, quien, el 28 de noviembre posterior, dispuso revocar el fallo de su par.

1.6. A raíz de la conducta de la demandada, el señor Heitz permaneció separado de su hija durante 1 año y 4 meses -entre febrero de 2015 y junio de 2016-, lo que le ocasionó grandes dolores y angustias, pues se le privó de ejercer su rol de padre en forma plena como lo hacía con anterioridad, tales como prepararle la cena, bañarla, pasear con ella, acostarla, arrullarla, llevarla a la escuela, realizar visitas familiares y sociales en su compañía, velar por su salud, enseñarle y orientar su formación.

2. El auto admisorio de 5 de septiembre de 2019 (fl. 90) se le notificó a la demandada personalmente (fl. 91), quien oportunamente contestó la demanda oponiéndose a su prosperidad y formulando las excepciones que denominó:

2.1. **“Inviabilidad jurídica del cobro de los perjuicios materiales pretendidos por la demandante”**, porque el éste confundió los conceptos de costas y perjuicios, pues los rubros de tiquetes aéreos, honorarios de abogado y hospedaje realmente corresponden a lo primero, de modo que debieron controvertirse mediante recurso de reposición y apelación contra el auto aprobatorio de costas en el proceso de restitución internacional de menor, oportunidad que ya precluyó, amén de que dichos gastos no fueron razonables ni necesarios.

2.2. **“Inexistencia de responsabilidad civil por ausencia de daño”**, en la medida en que las sumas que se cobran por concepto de perjuicios materiales son costas procesales.

2.3. **“Culpa exclusiva de la víctima”**, pues los gastos en que incurrió el demandante eran innecesarios.

2.4. **“Inexistencia de daño moral”**, bajo el entendido que el demandante sólo vino a Colombia a atender las diligencias judiciales, pero nunca para compartir con su hija.

2.5. **“Inexistencia del daño a la vida de relación”**, porque siempre se permitió el contacto físico con la menor, pero el demandante optó por la vía del desgaste judicial (fls. 104 a 120).

3. Por auto de 18 de diciembre de 2019 se decretaron pruebas y se fijó fecha para la audiencia prevista en el artículo 372 del C.G.P., la que finalmente se celebró el 28 de septiembre siguiente, en la que se evacuaron los interrogatorios y testimonios pedidos

y se programó fecha para la celebración de la audiencia del artículo 373 ibídem, practicada el 1º de diciembre de 2020.

Consideraciones

1. Para la solución del caso objeto de estudio resulta necesario, previamente y para mayor claridad, hacer un recuento de los hechos que se encuentran probados para, a partir de esa plataforma fáctica y una vez aplicadas las normas y el precedente jurisprudencial que resulten forzosos, definir el asunto.

Pues bien, de las evidencias aportadas se extrae lo siguiente:

1.1. Que entre las partes se ha gestado, desde el año 2015, una serie de juicios tendientes a lograr la restitución internacional de su menor hija a España conforme al Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980, país de nacionalidad de la última y de residencia del demandante, tales como:

1.1.1. Proceso con **radicado No. 2015-661**, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 1º de Familia de Valledupar, quien celebró audiencia inicial **28 de enero de 2016**, a la cual asistió el demandante (fl. 23); luego, el **26 de febrero de 2016** se practicó audiencia de instrucción y juzgamiento, sin la asistencia de aquel y en la que se decidió no acoger su pretensión (se entiende probado porque se encuentran admitidos los hechos 6, 7, 12 y 14).

Contra esa decisión el señor Heitz formuló recurso de apelación, que fue conocido por el Tribunal Superior de Valledupar, quien celebró audiencia de fallo **el 9 de junio de 2016** -a la cual asistió aquel; fls. 25 a 28-, ordenando:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el 26 de febrero de 2016 por el Juzgado 1º de Familia de Valledupar en el proceso verbal sumario iniciado por demanda interpuesta por la Defensora de Familia del Centro Zonal No. 2 del ICBF Regional Cesar, por solicitud de JUAN PABLO HEITZ GARAVELLI padre de la citada menor contra KAROL SULAY DOMÍNGUEZ CONTRERAS madre de la misma, para en su lugar, **ORDENAR** la restitución de la niña SARA LUCIA HEITZ DOMÍNGUEZ a España, precisando que el ICBF debe adoptar las medidas para la restitución de la niña a España las que debe tomar en coordinación con la autoridad central según el Convenio de la Haya debe velar por su cumplimiento.

SEGUNDO: ORDENAR a KAROL SULAY Domínguez CONTRERAS cubrir el pago de los gastos que origine el traslado de la niña de Colombia a España sin perjuicio de que JUAN PABLO HEITZ GARAVELLI decida asumirlos y que si ambos carecen de recursos económicos para facilitarlos los asuma el ICBF como autoridad central de Colombia para aplicación del Convenio de la Haya.

TERCERO: ORDENAR que mientras se cumplen los trámites para el traslado, el grupo familiar integrado por los padres y la niña deben someterse a intervención psicosocial coordinada, dirigida, acompañada y seguida por el ICBF para brindarles preparación adecuada para su regreso, labor que deberá cumplir en el término no mayor de quince (15) días calendario y que las autoridades centrales de Colombia y España deben colaborar entre sí y promover la colaboración que sea necesaria de otras autoridades competentes para garantizar la restitución de la niña en la forma ordenada y su entrega directa al padre inmediatamente lleguen a dicho país, salvo que los padres lleguen a un acuerdo diferente, debiéndose adoptar todas las decisiones apropiadas que permitan el cumplimiento de las medidas consagradas en su artículo 7º, especialmente en sus literales b), c) y h).

[complementado por solicitud de la parte demandante] “Una vez venza el término de 15 días que dispone el ICBF para brindar el acompañamiento psicosocial a que se hizo referencia que empiezan a correr desde el día de mañana, empezará a correr el término de un (1) mes dentro del cual deberá producirse el retorno de la menor KAROL SULAY DOMINGUEZ CONTRERAS a España siempre y cuando los padres no acuerden plazos diferentes”

CUARTO: CONDENAR a KAROL SULAY DOMINGUEZ CONTRERAS a pagar las costas causadas con el trámite de primera y segunda instancia. Como agencias en derecho de esta instancia se fija la suma de \$1.378.908.

1.1.2. Acción de tutela con **radicado No. 69881**, formulada por la señora Domínguez contra la sentencia de 9 de junio de 2016, cuya competencia le correspondió a la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, quien el **6 de septiembre de 2016** decidió dejar sin efecto el fallo proferido por el Tribunal (fls. 44 a 55).

Contra esa decisión el hoy demandante formuló recurso de impugnación, correspondiéndole a esa misma Corporación – Sala de Casación Laboral-, quien determinó revocar la decisión de su par (fls. 44 a 55).

1.2. El demandante asumió el pago de gastos de viáticos y estadías para la asistencia a las audiencias que se practicaron dentro del proceso de restitución (fls. 6 a 22).

1.3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar realizó labores de “preparación de la niña y sus progenitores para el regreso de la niña a España con su progenitor de acuerdo a lo dispuesto por el Tribunal de Valledupar, con la comparecencia del demandante” y los padres establecieron compromisos con esa institución, el 20 de junio de 2016 (fls. 29 a 35).

1.4. El **16 de abril de 2016**, se hizo entrega formal de la menor al padre por parte de la hoy demandada y con intervención del ICBF, según se verifica en el acta de entrega visible a folios 40 a 41.

1.5. La hoy demandada no asumió los gastos de retorno de la menor a España, los que pagó el señor Heitz, quienes retornaron el **25 de junio de 2016** como se verifica en tiquete aéreo obrante a folio 22, amén de que se trata de un hecho admitido por ambas partes -hecho 33 y su contestación-.

2. Decantado lo anterior, adviértase que la solución de este caso impone traer a cuento el artículo **2341** del C. C., a cuyo tenor literal, *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*, lo que coloca en cabeza del demandante la obligación de acreditar **el perjuicio padecido o daño, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo de causalidad entre ambos factores**, como presupuestos de la acción de marras.

2.1. Sobre el primer elemento -el hecho intencional o culposo de la demandada-, destáquese que la parte demandante alegó como tales dos conductas: **De un lado**, *“la existencia de un hecho positivo, consistente en el traslado y retención ilegal de una menor de edad”* y, **del otro**, *“una omisión, consistente en el incumplimiento de la obligación de asumir los gastos de restitución de la menor a España, en los términos de lo ordenado en sentencia de 9 de junio de 2016”* (fl. 70 vto.).

Pues bien, de las pruebas aportadas es claro que la primera de esas conductas se encuentra acreditada, en la medida en que se demostró que fue precisamente esa retención de la menor por parte de la madre y por encontrarse acreditados los presupuestos facticos previstos en el Convenio de la Haya para ordenar su restitución al país de origen, lo que ocasionó que el Tribunal Superior de Valledupar ordenara dicha restitución, siendo precisamente esa conducta positiva de la demandada lo que dio lugar a la separación del señor Heitz de su hija, y a que tuviera que adelantar sendos procesos judiciales para lograr su retorno.

Sin embargo, a ello no le sigue que el segundo hecho generador invocado se encuentre igualmente acreditado, esto es, la supuesta omisión por el no pago de los gastos de retorno de la menor, si se tiene en cuenta que la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Superior de Valledupar, en el numeral 2º de su sentencia de 9 de junio de 2016, dispuso:

“ORDENAR a Karol Sulays Domínguez Contreras cubrir el pago de los gastos que origine el traslado de la niña de Colombia a España sin perjuicio de que Juan Pablo Heitz Garavelli decida asumirlos y que si ambos carecen de recursos económicos para facilitarlos los asuma el ICBF, como autoridad central de Colombia para aplicación del Convenio de la Haya” (fl. 26).

De lo anterior se colige, que, en la orden judicial para la asunción de los gastos de traslado de la menor hija de las partes, el mencionado Tribunal ofreció tres posibilidades: la primera, que los descargara la demandada, la segunda, que los pagara el señor Heitz y, por último, en el evento que ninguno de los dos contara con los recursos para ello, los facilitara el ICBF. Luego, entonces, si el demandante optó por la segunda posibilidad, haciendo abstracción de las razones que lo condujeron a ello, lo cierto es que ese fue un acto de mera liberalidad suya, pues, en todo caso, esa vía fue contemplada por la sentencia sin que en la misma se especificara opción de recobro, lo que conduce a afirmar que la última conducta o hecho culposo alegado por la parte actora no se encuentra acreditado.

Y aunque el inciso final del artículo 26 del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980 prevé que *“Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas **podrán** disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.” (se resalta)*, como se lee de ese tenor literal, lo cierto es que el Tribunal Superior del Distrito Superior de Valledupar al dictar sentencia en este específico caso, no optó por incluir en su decisión alguna tendiente a obtener dicho pago, lo que, en todo caso, le era potestativo.

Bajo este orden de presupuestos y para que no quede duda de ello, la única conducta culposa desplegada por la demandada es el traslado y la retención de su menor hija. Ese será el único derrotero para analizar los demás presupuestos de la acción.

2.2. En lo que respecta al segundo y presupuesto de la acción -los daños- adviértase que en la demanda se solicitó el reconocimiento de los **patrimoniales**, en su modalidad de daño emergente, tasado en la suma de \$31´151.972, más corrección monetaria e intereses legales, por concepto de los honorarios que debió asumir el demandante para asesoría jurídica y representación en los procesos judiciales

adelantados para lograr la restitución de la menor, los gastos de traslado y hospedaje para asistir él y su apoderada a las audiencias y los gastos de retorno de la menor y su padre a España. Así mismo, se pidieron los **extrapatrimoniales**, en sus modalidades de daño moral y deño en la vida de relación, a razón de 100 SMLMV para cada uno.

2.2.1. Ahora bien, analizados los primeros, de inmediato se advierte su falta de acreditación, por las siguientes razones, a saber:

a. La primera, porque esas erogaciones (gastos de viáticos, estadía y honorarios) realmente corresponden a costas procesales y no a perjuicios, que, por tanto, debieron reclamarse al interior del juicio de restitución internacional de menor que se adelantó entre las partes, pues en realidad tales disminuciones tuvieron como génesis o causa inmediata, directa e intrínseca, el proceso mismo y no otro factor externo a él, asunto más que decantado por la Corte Suprema de Justicia, en diferentes pronunciamientos, entre los que se cuentan los siguientes:

“son diferentes la condena en costas y la de perjuicios, por lo que no le es dable a la parte beneficiada con ellas, involucrar en la liquidación de perjuicios, aspectos propios de la de costas, como es el caso del reconocimiento de gastos judiciales y de abogado o agencias en derecho, los que deben concretarse en la forma y por el procedimiento establecido en el artículo 393 del C. de P.C.

3. Sobre este particular, y en relación con el numeral 2º del artículo señalado, ha dicho la Corte que: “...la fijación de agencias en derecho sólo puede ser objetada dentro del respectivo traslado de la liquidación de costas, de donde se sigue que su cuantía no puede después ser materia de discusión en el incidente de regulación de perjuicios...” y más adelante agrega: “...si el fallador señala el monto de las agencias en derecho y este no se objeta en la oportunidad indicada antes, tal regulación se hace definitiva y, por tanto, obligatoria para las partes...”. (Autos de 4 de agosto de 1981 y 13 de mayo de 1988).

4. De lo expuesto anteriormente se desprende que no pueden reconocerse los perjuicios reclamados por la apoderada de los demandados en revisión, toda vez que se refiere a honorarios de abogado pagados por ellos convencionalmente y a gastos judiciales, los cuales no pueden incluirse en el rubro de perjuicios, además de que las agencias en derecho fueron reconocidas dentro del trámite de la liquidación de costas, que no fue objetado. Por lo tanto, por ese concepto, no puede reclamar nada más.”¹

Y más recientemente, en sentencia de este mismo año y en un caso de similares contornos, mencionó esa Corporación que,

“Ni siquiera puede tenerse como perjuicio, producto de la demora de la aseguradora, el pago que por honorarios profesionales de abogado dice haber sufragado a su gestor judicial, en la medida en que aun cuando es cierto que su contratación puede derivar de la negativa de la compañía de seguros a reconocer su obligación contractual, tal erogación no puede ser resarcida por vía de perjuicios sino a través de la liquidación de costas propia de todo proceso judicial.

Lo anterior por cuanto el numeral 2º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, equivalente al actual 3º del canon 366 del Código General del Proceso, enseñaba que «(l)a liquidación incluirá el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.

A su turno el inciso 2º del numeral 3º de la misma norma enseñaba que «sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de

¹ C.S.J. auto de 7 de abril de 2000, exp.: 7215

costas».

De allí que sobre tal temática la Sala tenga doctrinado que:

... el derecho positivo diferencia nítidamente entre la condena al pago de la indemnización de perjuicios y la condena en costas, traduciéndose aquéllos, en términos muy generales, en la disminución patrimonial que por factores externos al proceso en sí mismo considerado, pero con ocasión de él, hubiese podido sufrir la parte, al paso que las costas comprenden “(...) aquellos gastos que, debiendo ser pagados por la parte de un determinado proceso, reconocen este proceso como causa inmediata y directa de su producción ... (Derecho Procesal Civil, Parte General, Jaime Guasp, pág. 530).

Y debe también considerarse que el Código de Procedimiento Civil, al regular la liquidación de costas, dispone en el numeral 2° de su artículo 393 que en ella se incluirá ‘el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena (...) y las agencias en derecho (...)’. Disposición ésta con respecto a la cual, en cuanto viene al caso, es de recalcar cómo entre las costas queda incluido el gasto que se ocasiona frente a los defensores de la parte misma, esto es, lo atinente a las agencias en derecho, agencias cuya fijación, como reza el mismo precepto en su numeral 3°, sólo podrá reclamarse mediante la objeción a la liquidación de aquéllas.

...

En relación con los honorarios que a su defensor dicen haber pagado, huelga ya decir, vistas las precedentes consideraciones e independientemente de que efectivamente se encuentre acreditado ese gasto, que nada cabe reconocer a los peticionarios por dicho factor con cargo a los perjuicios. Es que, formando las agencias en derecho parte de la liquidación de costas, era mediante la objeción a las mismas como se podía reclamar respecto de su cuantía y no, desde luego, a través del incidente de liquidación de perjuicios. (CSJ, AC 126 de 10 jul. 1998, rad. 6083).²

Y para que no quede la menor duda de ello, tráigase a cuento la doctrina que sobre el asunto mencionó la Corte en una de sus decisiones:

“Las costas son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022)”.

...

“(...) el derecho positivo diferencia nítidamente entre la condena al pago de la indemnización de perjuicios y la condena en costas, traduciéndose aquellos, en términos muy generales, en la disminución patrimonial que por factores externos al proceso en sí mismo considerado, pero con ocasión de él, hubiese podido sufrir la parte, al paso que las costas comprenden aquellos gastos que, debiendo ser pagados por la parte de un determinado proceso, reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción. (Derecho Procesal Civil, Parte General, Jaime Guasp, pag. 530)”.³

Así las cosas, aunque es cierto que la reparación del daño debe obedecer al criterio de integralidad, por expresa disposición del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y, porque, en últimas, lo que se busca con la reparación es “resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes de la víctima, al punto de regresarla a una situación idéntica o menos parecida al momento anterior a la ocurrencia del hecho lesivo”⁴, no lo es menos que esa satisfacción exige, como presupuesto habilitante, que se encuentren demostrados los perjuicios de los cuales derive su reparación, pues no se

² Sent. de 26 de octubre de 2020. Exp.: 2005-00512-01

³ Mencionada en la sentencia de 28 de febrero de 2018, exp.: 49493.

⁴ Véase la sentencia de la C.S.J., de 12 de junio de 2018, rad.: 2011-00736-01

olvide que el daño “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”⁵. Y como en este caso ese daño emergente no se demostró, porque realmente son costas, no es posible ordenar su resarcimiento.

b. La segunda, porque, en todo caso, era al interior de ese proceso de restitución internacional de menor que gestaron las partes, que debía el demandante reclamar el pago de los gastos en que incurrió para lograr la restitución de su hija y, en ese sentido, era el juez de conocimiento, si así lo consideraba, el llamado a pronunciarse sobre tal aspecto al momento de ordenar la restitución de la menor, como lo prevé el inciso final del artículo 26 del Convenio de la Haya de 25 de octubre 1980 ya mencionado, a cuyo tenor literal,

*“Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente Convenio, las autoridades judiciales o administrativas **podrán** disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el solicitante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, las costas de representación judicial del solicitante y los gastos de la restitución del menor.”*

Luego, entonces, como el juez del caso en mención no se pronunció en los términos de la norma en cita, y el demandante tampoco se lo exigió en cumplimiento de la misma, no puede ahora intentar mutar la calidad de esos gastos y hacerlos pasar como perjuicios extrínsecos de aquel proceso, para que le sean entonces reconocidos en este nuevo.

c. La tercera, en relación específica con los rubros de retorno de la menor, porque, como se indicó en precedencia, esa erogación no tuvo como génesis una conducta culposa de la demandada, sino un acto de mera liberalidad del señor Heitz amparado en las tres opciones que previó el Tribunal Superior de Valledupar en su momento. Así, sin hecho generador, es imposible hablar de daño.

d. La cuarta, porque para las audiencias evacuadas en el proceso de restitución de la menor, que, dicho sea de paso, se adelantaron desde 2016, en vigencia del Código General del Proceso, no era necesaria la comparecencia física del demandante, quien podía hacer uso de las ayudas audiovisuales previstas por el Código General del Proceso para asistir a esas vistas públicas. Esa comparecencia, según se desprende de la versión de la testigo Martha Mireya Pabón, quien, ello es medular, fue también la apoderada del hoy demandante en aquel juicio, correspondió a una táctica de defensa procesal y a un elemental querer del señor Heitz para convencer a la juez y para ver a su hija.

Obsérvese como dicha testigo mencionó que “*era importante que estuviera presente porque era necesario que la juez viera también la situación delicada de este asunto*” (min: 2:24:13). Incluso, cuando se le preguntó por las razones por las cuales su cliente no asistió a las audiencias en forma virtual, respondió que “*en principio era posible hacer el interrogatorio de parte de manera virtual, pero... es diferente hacerlo vía presencial con la juez al frente, para él este proceso era tan estrictamente*

⁵ C.S.J., SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879

importante... por eso en el momento en que planteamos y dijimos, lo hacemos desde allá, él dijo, yo necesito convencer a la juez, yo necesito verla de frente..." (min: 2:42:10), planteamiento con el cual reconoció la testigo estar de acuerdo, porque *"es diferente que el juez vea el detalle de esta situación, así, digamos, a flor de piel, frente a frente a que lo vea por una cámara... este proceso judicial sin esta cercanía sí que hubiera sido complejo"* (min: 2:45:40).

Más aún, cuando se le interrogó si era necesario que su cliente asistiera a la audiencia inicial, refirió que *"él [refiriéndose al demandante] me dijo, yo quiero estar de manera personal, yo quiero de manera física asistir a la audiencia porque es necesario que la juez sepa mi situación y yo tengo la intención también de ver a la niña"* (min: 2:21:10).

Así las cosas, esos quererres o técnicas defensivas del demandante no pueden, desde ningún punto de vista, traducirse ahora en perjuicios para pretender su reconocimiento y pago por la contraparte, máxime si se tiene en cuenta que era deber de aquel procurar, de serle posible, no incurrir en riesgos, afectaciones o sacrificios desproporcionados, desplegando conductas que, aun siendo razonables, tendieran a incrementar la intensidad del daño, pues esa actuación quebranta el principio de buena fe y deber ser desaprobada por el operador judicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

"6. Por último, cabe señalar que en el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo.

...

El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta⁶ al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan -sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo comercial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.).

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido."⁷

Por las razones expuestas, habrán de declararse probadas las excepciones de mérito denominadas **"Inviabilidad jurídica del cobro de los perjuicios materiales pretendidos por la demandante"**, **"Inexistencia de responsabilidad civil por ausencia de daño"** y **"Culpa exclusiva de la víctima"**.

⁶ Díez Picazo, Luis. Derecho de Daños. Editorial Civitas. Madrid, 1999. Pág. 322. De Ángel Yáguez, Ricardo. Tratado de Responsabilidad Civil. Universidad de Deusto, Editorial Civitas. Madrid, 1993. Págs. 845 y 846.

⁷ C.S.J. SC, 16 dic. 2010, rad. n.º 1989-00042-01

2.2.2. De otro lado, en lo que a daños extrapatrimoniales refiere, en sus modalidades de daño moral y a la vida de relación, los mismos aparecen demostrados, pues resulta innegable, por no decir evidente, que la separación de un padre de su hija, con la que además tenía por la época de los hechos muy buena relación, comporta per se, un menoscabo tanto en la esfera íntima del que lo padece como en su forma de relacionamiento con su entorno.

Obsérvese que, desde la demanda, el señor Heitz señaló que dicha separación le ocasionó grandes dolores y angustias, pues se le privó de ejercer su rol de padre en forma plena como lo hacía con anterioridad, realizar labores con su hija como prepararle la cena, bañarla, pasear con ella, acostarla, arrullarla, llevarla a la escuela, realizar visitas familiares y sociales en su compañía, velar por su salud, enseñarle y orientar su formación, manifestaciones todas estas que encuentran eco en la versión de la demandada, quien al preguntársele cómo era el demandante como padre, señaló que *“Juan Pablo era y es un buen padre... el tiempo que estaba con nosotras en España hacía todas las actividades como padre”* (min: 1:03:45).

2.2.2.1. Ahora, ahondando específicamente en el **daño moral**, definido a nivel jurisprudencial como aquella *“lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto”*, esto es, la intimidad del afectado, que se hace explícito *«material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos»*, que *«(...) aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial”*⁸, resulta claro que el señor Heitz lo padeció, y se traduce en el sufrimiento que le causó la separación de su hija por más de un año, amplificado por la relación estrecha que entre ellos había.

Adviértase que, en términos generales, las reglas de la experiencia e, incluso, la propia naturaleza humana, enseñan que la separación de un padre de su hija, apenas en el inicio de su vida, sin su consentimiento, incluso entre continentes, es un hecho generador de zozobra, angustia, dolor e impotencia, por el hecho de no poder relacionarse físicamente con ella, compartir como antes se hacía, cuidar de ella y guiarla, máxime si en este caso era el demandante quien se encargaba de muchos de los aspectos de la vida de su hija, que resultaron alterados con la separación, como lo dieron a conocer los testigos, quienes además son su familiares más cercanos (hermana y abuela).

En este sentido, repárese que el señor Heitz al momento de ser interrogado manifestó, refiriéndose a lo que sintió durante el tiempo de la separación de su hija, que *“es un vacío muy grande, piensas en la niña todo el rato, quieres estar con ella, pensaba además como estaba allí, porque como comento, ni siquiera estaba con la madre... no tenía ganas de hacer nada, sólo en traerla de vuelta”* (min: 24:12).

Ese sentimiento relatado por el demandante se acompasa con lo referido por el testigo Roberto Heitz (padre del demandante), esto es, *“cuando Karol se fue con mi nieta a Colombia ya hace varios años, Juan Pablo empezó un camino de sufrimiento,*

⁸ CSJ SC10297-2014, 5 ago. 2014, Rad. 2003-00660-01

él es un padrazo, él es una persona que cuida mucho de sus hijas... y evidentemente esa separación y el hecho de que Sarita no pudiera volver... eso provocaba una angustia en toda la familia” lo que le consta porque lo han hablado y sufrido en familia (min: 1:37); agregó que *“durante ese tiempo Juan Pablo sufrió mucho”,* lo que sabe porque semanalmente se reúne con sus hijos en comidas de padre e hijo, por conversaciones telefónicas, añadiendo que su hijo era muy alegre y *“cuando a Sarita la retuvieron en Colombia él empieza a decaer, él ya no está tan contento, él tiene sus momentos, algunos un poco mejor, otros un poco peores... él siempre ha seguido con la moral de lucha para conseguir que su hija retornara a España”.*

Incluso, más adelante sostuvo que *“cuando tocábamos el tema de Sarita en Colombia lógicamente se ponía... se pasaron momentos muy malos”* (min: 1:47:07).

Esas manifestaciones también guardan relación con la versión de la testigo Charlene Heitz (hija del demandante), quien sobre ese mismo aspecto relató que *“para todos, sobre todo para mi padre, fue algo súper triste, se lo pasó muy mal mi padre porque es su hija... y no tenerla aquí con nosotros era muy triste... la primera vez que lo vi llorar fue cuando me dijo lo que había pasado, que mi hermana no iba a volver a España... mi padre la verdad estaba super mal, yo creo que nunca lo había visto así”* (min: 1:59:04), a lo que añadió que *“estaba [refiriéndose a su padre] muy triste, decaído, siempre con los nervios de ver si podía volver mi hermana aquí”.*

Ante este panorama el Despacho encuentra probado el daño moral alegado, el que se declarará y ordenará pagar, pero no en la cuantía pedida en la demanda -100 SMLMV- pues para ello se tendrán en cuenta criterios reductores, como el hecho que la separación entre padre e hija duró poco más de un año (desde el 16 de febrero de 2015 hasta el 25 de junio de 2016) y durante esa época el demandante no viajó a Colombia, pudiendo hacerlo, para visitarla, lo que sólo hizo en el marco del proceso de restitución internacional que adelantó.

Ahora bien, la tasación de ese daño se hará según el prudente arbitrio judicial y los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, quien *“para eventos de daños permanentes con comprobada trascendencia en la vida de los afectados, ha accedido a reparaciones morales de \$50.000.000 (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01) y \$60.000.000 (SC9193, 28 jun. 2017, rad. n.º 2011-00108-01), equivalentes a 72,5 y 81,3 salarios mínimos vigentes para la fecha de las condenas, respectivamente, razón por la que 20 smlmv no se advierte como una indemnización desatinada en un caso con consecuencias temporales”*⁹

Para este caso, el Despacho estima la afectación en la suma de 15 SMLMV que para la época de esta sentencia equivalen a \$13.167.045, teniendo en cuenta, se reitera, que se trató de un daño temporal y que el demandante no visitó a la menor antes del juicio para su restitución.

2.2.2.2. Y en lo que concierne al **daño en la vida de relación**, éste ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como:

“la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida

⁹ Sent. de 7 de diciembre de 2018, exp.: 2003-00833-01

*se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como **de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar.***¹⁰ (se resalta)

Esas circunstancias referidas a nivel jurisprudencial se avizoran en este caso, en el que se observa un padre entregado a su hija y que realizaba múltiples actividades con ella, relación que el propio demandante describió en su interrogatorio así: *“tengo una relación muy estrecha, le hago todo, me juego con ella, salimos al parque, le doy de comer, le leo un cuento cada noche, la bañaba todos los días yo y bueno la relación es muy estrecha”* (min: 24:20); ese relato guarda relación con la versión del testigo Roberto Heitz, quien sostuvo que el demandante *“la bañaba al final del día, le daba de comer y la atendía en cuidados en general... Juan Pablo se involucraba mucho en el cuidado y en la atención de Sarita, que a veces los hombre no somos tan buenos... no ayudamos tanto, pero Juan Pablo es realmente un padrazo”* (min: 1:45:40). Esto, as u vez, fue confirmado por la testigo Charlene Heitz, quien sobre ese aspecto señaló que a su padre le gustaba mucho jugar y pasar tiempo con ellas.

Así las cosas, todas esas actividades que el demandante realizaba con su hija antes de la separación, y que realmente marcaban el giro habitual de su vida o, como lo dice la jurisprudencia, suponían su existencia normal y elemental, de la cual se vio luego privado, representan un claro daño a su vida de relación que merece ser resarcido.

Para la tasación de dicho perjuicio, se tendrá en cuentan los mismos criterios y precedente ya señalado, por lo que se reconocerá y condenará en el mismo monto, es decir, 15 SMLMV que para la época de esta sentencia equivalen a \$13.167.045.

Con base en lo referido, es que las excepciones de **“Inexistencia de daño moral”** e **“Inexistencia del daño a la vida de relación”** no tendrán vocación de prosperidad.

2.3. Finalmente, en lo que concierne al nexo causal entre ese daño extrapatrimonial y la conducta de la demandada, traducida en la separación de un padre y su hija, la mismas razones que ya se explicaron sirven de asidero para verificar el cumplimiento de este presupuesto, pues, en últimas, si la separación no se hubiese consumado o si el viaje a Colombia por más de un año y sin el consentimiento del señor Heitz no se hubiere realizado, éste no habría sufrido los perjuicios que finalmente resultaron probados y que ya se analizaron. Fue precisamente esa y no otra la causa directa de ello.

3. Una cosa más. Sobre la tacha formulada contra los testigos, la misma se resolverá negativamente, en la medida en que, al tratarse de un caso con unos contornos muy íntimos y familiares, quienes sino la propia familia, las personas más allegas y quienes brindaron ayuda de forma directa, para atestiguar sobre la forma como ocurrieron realmente los hechos que rodean la acción, máxime si la existencia de vínculos familiares o contractuales no puede servir de acicate *per se*, para desechar los testigos, debiendo analizarse cada caso particular.

¹⁰ Sent de 12 de diciembre de 2017, exp.: 2008-00497-01

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veintiséis (26) Civil Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: Declarar improbadas las excepciones de “**Inexistencia de daño moral**” e “**Inexistencia del daño a la vida de relación**”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Declarar que KAROL SULAYS DOMINGUEZ CONTRERAS es civilmente y extracontractualmente responsable de los daños morales y a la vida de relación causados al señor JUAN PABLO HEITZ GARAVELLI, como consecuencia del traslado y retención de la menor S.L.H.D en Colombia.

Tercero: Condenar a KAROL SULAYS DOMINGUEZ CONTRERAS a pagarle al señor JUAN PABLO HEITZ GARAVELLI la suma de 15 SMLMV (\$13.167.045), por concepto de daño moral y, 15 SMLMV (\$13.167.045), por concepto de daño a la vida de relación, cifras que deberán actualizarse al día que se produzca el pago, atendiendo la variación porcentual anual del índice de precios al consumidor que certifique para el efecto el DANE. Se concede a la parte demandada el término de cinco (5) días para realizar dicho pago.

Cuarto: Declarar probadas las excepciones de “**Inviabilidad jurídica del cobro de los perjuicios materiales pretendidos por la demandante**”, “**Inexistencia de responsabilidad civil por ausencia de daño**” y “**Culpa exclusiva de la víctima**”, en lo que a daños patrimoniales respecta.

Quinto: En consecuencia, **negar** las demás pretensiones de la demanda.

Sexto: Negar la tacha por sospecha formulada por la parte demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Séptimo: Condenar en costas a la parte demandada, pero reducidas en un 50%. Por Secretaría liquídense, incluyendo la suma de \$1.775.000,00, que ya tienen comprendida la referida reducción.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA JOSÉ ÁVILA PAZ

Juez

JUZGADO 26 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

La presente providencia se notifica mediante
anotación en el Estado No. 107

Hoy 04-12-2020

El Secretario.

HÉCTOR TORRES TORRES

Firmado Por:

MARIA JOSE AVILA PAZ

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 026 MUNICIPAL CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA
D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ba7198ceea9ee91dd8761fadd53355d3d79d8be138aae612acdc0a4603117ad3

Documento generado en 03/12/2020 08:11:43 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**