Magistrado Ponente: Omar Alberto García Santamaría.
Número de Radicación: 13001-31-10-004-2017-00264-02
Tipo de Decisión: Apelación- Confirma Sentencia.
Fecha de la Decisión: 08 de marzo de 2019.
Clase y/o subclase de proceso: Privación de la Patria Potestad.

NOTIFICACION EN LOS PROCESOS DE PRIVACION, SUSPENSION Y RESTABLECIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD: Se debe realizar a los parientes en el orden establecido en el art. 61 C.C., garantizando la notificación personal del auto que admite la demanda, por cuanto de ésta manera los padres y los parientes cercanos tienen pleno conocimiento de la existencia de la demanda, dándole la oportunidad de hacer uso de todos los medios de defensa que le otorga el estatuto procesal e informar con veracidad la reales condiciones del niño, niña o adolescente, en caso de no lograrse dicha notificación se abre la vía, previo cumplimiento de todas y cada una de las formalidades establecidas según el caso, de acudir al emplazamiento y designación de curador ad litem, para que con el auxiliar se surta la notificación, y éste asuma la representación del demandado y/o parientes en la Litis y en su nombre haga uso del derecho de defensa que a aquellos les asiste.

NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN: El legislador general del proceso, consagró como causal de nulidad la indebida notificación según lo preceptúa el artículo 133-8 del C. G. del P., comprendiendo este motivo de anulación, toda la actuación que se hubiere desarrollado de manera preliminar a la notificación personal del demandado y/o los familiares cercanos, o a la designación del auxiliar de la justicia, cuando quiera que tal acto procesal se haya surtido a través de él.

DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA.

CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C., OCHO (8) DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE (2.019).-

APELACIÓN DE AUTO
PROCESO DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD
RADICADO ÚNICO: 13001-31-10-004-2017-00264-02
RADICADO TRIBUNAL: 2018-509-03
DEMANDANTES: ROCIO DEL PILAR MENDEZ PIZARRO
DEMANDADO: JAIME ENRIQUE VELEZ VERGARA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: OMAR ALBERTO GARCÍA SANTAMARÍA.-

A S U N T O

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y los parientes paternos de la menor, contra el auto del 24 de mayo 2.018, proferido por el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, en el proceso de pérdida de la patria potestad incoado por ROCIO MENDEZ PIZARRO, en contra del señor JAIME ENRIQUE VELEZ VERGARA, respecto de la niña SOPHIA VELEZ MENDEZ. Decisión en virtud de la cual, se resolvió incidente de nulidad.

ANTECEDENTES

1. Luego de dictada la sentencia, dentro del proceso de privación de patria potestad, en audiencia realizada en fecha 24 de octubre de 2.017, mediante apoderado judicial, el demandado JAIME ENRIQUE VELEZ VERGARA y los señores BLANCA PATRICIA VELEZ VERGARA, JAIME VELEZ WHITE, BLANCA VERGARA GONZALEZ y NICOLAS ENRIQUE VELEZ VERGARA, estos últimos aduciendo ser los parientes cercanos por línea paterna de la niña S.V.M., proponen incidente de nulidad, invocando como causal la contenida en el numeral 8 del art. 133 del C.G. del P.

2. Fundamentan los incidentalistas la nulidad en que los parientes cercanos a la niña por vía paterna, sobre quien se resolvió la pérdida de la patria potestad de su padre, los señores BLANCA PATRICIA VELEZ VERGARA, JAIME VELEZ WHITE, BLANCA VERGARA GONZALEZ y NICOLAS ENRIQUE VELEZ VERGARA no fueron noticiados del proceso, pese a que se dispuso su notificación al ser admitida la demanda y porque así lo exige el trámite reglado en el art 311 del C.C. y 395 del C. G. del P. Alegan

también, que no fue vinculado al trámite a la actuación al Procurador de Familia en representación del Ministerio Público.

3. Al decidir la nulidad propuesta, la cual declaró no prospera la misma, el Juzgado de primera instancia sostuvo: "*(...) la citación a los parientes de la línea paterna de la menor cumplió su finalidad en la medida que el mismo demandado al suministrar una actitud procesal de defenderse en el asunto de marras, colocó en la contestación de la demanda como sus testigos a los parientes por línea paterna, objeto de citación, por lo tanto se da por sentado que los mismos, tenían pleno conocimiento por parte del demandado de las actuaciones judiciales, que este despacho adelantaba a favor de la menor, estando plenamente notificado por conducta concluyente*". Y respecto del demandado, puntualizo que este al actuar dentro del presente asunto no propuso la nulidad estudiada, por lo que se entiende convalidada, de conformidad con el art. 136 del C. G. del P.

Expuso también que la notificación de los parientes paternos y maternos tiene como finalidad ser escuchados como testigos, no son parte del proceso, por lo que no es aplicable a ellos la nulidad de que trata el numeral 8° del art. 133 del C.G. del P.

Por otro lado, consideró la juez a quo, que el Ministerio Público sí había sido noticiado del proceso, toda vez que consta, en el mismo que fue notificado el defensor de familia, quien de conformidad con el Decreto 4842 de 2.007, hace parte del Ministerio mencionado.

2

4. Contra el proveído en mención, de fecha 24 de mayo de 2.018, el apoderado del demandado y de los parientes paternos, formuló recurso de reposición y en subsidio apelación, aduciendo que la participación del Procurador de Familia es obligatorio y no facultativo como lo indica la referida instancia procesal, además que este actúa como sujeto procesal, por tanto debe ser notificado de la actuación.

Controvierte lo que expone el juzgado respecto de la citación de los parientes y de manera puntual aduce que tal actuación se sujeta al contenido de los arts. 61 y 311 del C.C., para que estos familiares den a conocer al despacho lo que saben respecto de la causal que se alega para privar la patria potestad e incluso emitan estos su concepto, que permita ante el juez aclarar e ilustrar sobre las pretensiones u oposiciones.

También plantea como argumento, que la intervención de los familiares, tanto paternos como maternos, tiene un doble propósito, y estos son: 1. Que exista alguien a quien le pueda constar la situación exacta del niño de que se pretende determinar el ejercicio de la patria potestad, en razón a su parentesco; y 2. Para que eventualmente en la sentencia que prive o se suspenda de la patria potestad a la persona contra quien se dirija el proceso pueda optar en el eventual caso por unos de los parientes.

Igualmente arguye el apoderado recurrente, que yerra la decisión del Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, por cuanto no es cierto que pueda aplicarse para los

parientes la notificación por conducta concluyente, pues en el plenario no hay prueba que se haya configurado la misma, de conformidad con el art. 301 del C. G. del P.

Sostiene el recurrente dentro del presente asunto, que existe una nulidad por indebida notificación, como viene explicitado, y que no ha sido saneada, por lo que solicita se revoque la providencia de fecha 24 de mayo de 2.018.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta oportunidad le corresponde al suscrito Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, determinar si el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena al resolver el incidente de nulidad, propuesto mediante apoderado judicial por el demandado JAIME ENRIQUE VELEZ VERGARA y los señores BLANCA PATRICIA VELEZ VERGARA, JAIME VELEZ WHITE, BLANCA VERGARA GONZALEZ y NICOLAS ENRIQUE VELEZ VERGARA, incurrió en yerro al no declarar la nulidad por indebida notificación de los parientes incidentitas y el Ministerio Público, decisión tomada a través del auto del 24 de mayo de 2.014. O si por el contrario, la decisión atacada en esta sede, se encuentra conforme a derecho.

En orden a resolver el recurso de apelación interpuesto, basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

1.- El art. 395 del C. G. del P. Contiene la reglamentación del proceso de privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, y dice: *"Cuando el juez haya de promover de oficio un proceso sobre privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad, o remoción del guardador, dictará un auto en que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, de cuyo contenido dará traslado a la persona contra quien haya de seguirse el proceso, en la forma indicada en el artículo 91.*

Quien formule demanda con uno de los propósitos señalados en el inciso anterior o para la privación de la administración de los bienes del hijo indicará el nombre de los parientes que deban ser oídos de acuerdo con el artículo 61 del Código Civil, los cuales deberán ser citados por aviso o mediante emplazamiento en la forma señalada en este código (...)".

Quiere decir lo anterior que en esta clase de asuntos, deben notificarse de la admisión del proceso de privación de patria potestad a los parientes en este orden (art. 61 C.C.): i. Los descendientes, ii. los ascendientes legítimos, iii. el padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes, iv. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, o éste a falta de los relacionados anteriormente, v. los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes señalados en i, ii. iii y iv; vi. Los hermanos naturales, a falta de los parientes anteriores, y, vii. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de consanguíneos anteriormente expresados.

2.- La notificación personal desarrolla el principio de publicidad y garantiza el derecho constitucional de defensa, por ello nuestro legislador ha dispuesto en el artículo 290 del Código General del Proceso, que deberá realizarse personalmente la notificación,- en el caso del proceso de pérdida de la patria potestad-, del auto que admite la

demanda, por cuanto de ésta manera los padres y los parientes cercanos tienen pleno conocimiento de la existencia de la demanda, dándole la oportunidad de hacer uso de todos los medios de defensa que le otorga el estatuto procesal e informar con veracidad la reales condiciones del niño, niña o adolescente.

Previendo que no sea posible lograr dicha notificación personal se abre la vía, previo cumplimiento de todas y cada una de las formalidades establecidas según el caso, de acudir al emplazamiento y designación de *curador ad litem*, para que con el auxiliar se surta la notificación, y éste asuma la representación del demandado y/o parientes en la litis y en su nombre haga uso del derecho de defensa que a aquellos les asiste; razón por la cual, el legislador general del proceso, consagró como causal de nulidad la indebida notificación según lo preceptúa el artículo 133-8 del C. G. del P., comprendiendo este motivo de anulación, toda la actuación que se hubiere desarrollado de manera preliminar a la notificación personal del demandado y/o los familiares cercanos, o a la designación del auxiliar de la justicia, cuando quiera que tal acto procesal se haya surtido a través de él.

En efecto, en materia de notificaciones y emplazamientos, los pasos y exigencias que con tal fin han de seguirse en el *iter procesal*, son de riguroso e inflexible cumplimiento, habida consideración de que tratándose de perseguir con ello la notificación del auto inicial del trámite, o al curador ad litem que se le designó, no hay duda entonces, que el derecho de defensa se halla enteramente en juego.

Esta precisa causal de nulidad, en el proceso referenciado podrá alegarse por la persona afectada, siempre que no haya actuado en el proceso después de ocurrida sin proponerla (art. 135, inc. 2° y 3° C.G.P.), y adicionalmente, en armonía con lo anterior por ministerio de la ley se considerará saneada (nums. 1 y 2, artículo 136 C.G.P.). 4

3.- Para el presente asunto que trata de la patria potestad, la norma procesal 395 *ejusdem* es diáfana en establecer el deber de notificación de los referidos parientes, que se sabe además es de orden público y de obligatorio cumplimiento, por lo que no se puede acoger la consideración o fundamento expresado por la primera instancia, en cuanto a que es facultativo tal vinculación al proceso, en este caso, de los abuelos y tíos de la niña respecto de quien se disputa la patria potestad.

De tal manera que al reglarse en el art. 395 del C. G. del P., a juicio de esta Sala Unitaria, es necesario e ineludible la notificación de tales familiares de la menor, máxime cuando se trata de un asunto en donde se ventilan los derechos de menores de edad, pues sin duda la finalidad de la norma no es otra sino la protección de tales garantías, que para el caso de la patria potestad como consecuencia del parentesco es esencia de tal atributo de la personalidad jurídica.

Pese a que en el presente asunto, al tramitarse la primera instancia, se citaron a los parientes en línea paterna como materna en calidad de testigos, para ser llevada a cabo la etapa de instrucción procesal, debe decirse que "(...) los parientes no intervienen

como simples testigos"[1], estos acuden en aras de brindar certeza de la situación del o la menor de edad, y garantizar siempre por supremacía sus derechos, lo cual lleva a que se insista respecto de la obligatoriedad de la notificación de los parientes cercanos, de que trata el art. 61 del C.C.

4.- Ahora bien, en esta instancia, previa revisión del expediente, se encontró que no fueron notificados los parientes maternos – quienes no alegaron la nulidad -, por ello mediante auto de fecha 23 de enero de la presente anualidad[2], se le puso en conocimiento a los señores LUCY DEL PILAR PIZARRO BENITEZ, LUIS JORGE MENDEZ ORTIZ, ANDRÉS JULIÁN MENDEZ PIZARRO y JORGE ARTURO MENDEZ PIZARRO, conforme al art. 137 del C. G. del P., quienes hecha la comunicación guardaron silencio, esto es, convalidaron la nulidad que se previó frente a la notificación de los mismos.

La misma circunstancia se dio respecto del Ministerio Público – PROCURDURIA DELEGADA DE FAMILIA, en la actuación de segunda instancia, quien también convalido el yerro que en primera instancia se dio al tramitar el proceso de pérdida de la patria potestad de la referencia, pese a que en el auto admisorio de la demanda se hubiere ordenado la notificación de este funcionario así como de los parientes cercanos.

5.- Otro punto que es necesario precisar es que el demandado, el señor JAIME VELEZ VERGARA, no le era dable la formulación de la nulidad que se resuelve ahora en segunda instancia, por cuanto al contestar la demanda no adujo tal yerro, además que no estaba legitimado para proponerla, pues de acuerdo con el art. 135 del C. G. del P., no se trata de la notificación de él como demandado, sino a los parientes y son ellos a quien se les ha cercenado la oportunidad debida para que sean escuchados dentro del proceso de privación de la patria potestad respecto de la niña S. V. M.

6.- En conclusión, para esta Sala Unitaria le asiste razón a los parientes cercanos recurrentes, en cuanto se incurrió en la nulidad de que trata la causal contenida en el numeral 8° del art. 133 del C. G. del P., esto es, su indebida notificación, ya que en este tipo de asuntos, en donde la prioridad es velar por los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, no es dable restarle importancia a las formalidades ni a la oportunidad de lograr por el funcionario judicial la completa certeza de las circunstancias y situaciones que se ventilan dentro de estos trámites y que son del entorno familiar de los menores de edad.

Es así como se revocará la decisión de primera instancia de fecha veinticuatro (24) de mayo de 2.019, y en su lugar se dispondrá declarar probada la nulidad, respecto de los parientes paternos cercanos, los señores BLANCA PATRICIA VELEZ VERGARA, JAIME VELEZ WHITE, BLANCA VERGARA GONZALEZ y NICOLAS ENRIQUE VELEZ VERGARA, desde la sentencia de primera instancia quedando a salvo las pruebas practicadas.

En armonía con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en Sala Civil-Familia de Decisión,

---

[1] PARRA Benitez, Jorge. Derecho de Familia Tomo II Tercera edición. Editorial Temis, pág. 211.
[2] Véase a folios 18 y 19, del cuaderno de segunda instancia.

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la providencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de 2.019, dictado por el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, y en su lugar se dispone:

DECLARAR probada la nulidad de indebida notificación respecto de los parientes paternos cercanos, los señores BLANCA PATRICIA VELEZ VERGARA, JAIME VELEZ WHITE, BLANCA VERGARA GONZALEZ y NICOLAS ENRIQUE VELEZ VERGARA, desde la sentencia de privación de la patria potestad, de fecha veinticuatro (24) de octubre del dos mil diecisiete (2.017), dentro del proceso promovido por la señora ROCIO MENDEZ PIZARRO, en contra del señor JAIME ENRIQUE VELEZ VERGARA, respecto de la patria potestad de la niña SOPHIA VELEZ MENDEZ, a salvo las pruebas practicadas.

En consecuencia deberá la parte interesada notificar a los mencionados parientes paternos cercanos en mención.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas para la parte recurrente de conformidad con el artículo 392 del C. de P. C., al no haberse causado.

TERCERO: Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, en su oportunidad. Háganse las anotaciones pertinentes en sistemas virtuales de registro y libros radicadores.

6

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OMAR ALBERTO GARCÍA SANTAMARÍA
Magistrado Sustanciador