

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC280-2018

Radicación n.º 11001-31-10-007-2010-00947-01

(Aprobado en sesión de nueve de noviembre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Alfredo Barahona frente a la sentencia de 18 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Familia, dentro del proceso que en su contra, y de José Guillermo Marroquín Garzón, promovió el hijo menor de Dilian Anzola Saavedra.

ANTECEDENTES

1. La accionante impugnó el reconocimiento de su hijo menor por parte de Alfredo Barahona, con la consecuente cesación de los efectos jurídicos del registro civil de nacimiento. Asimismo, reclamó la declaratoria de José Guillermo Marroquín Garzón como padre del infante.

2. Tales pedimentos tuvieron el sustento fáctico que a continuación se sintetiza (folios 4-6 del cuaderno 1):

2.1. Afirmó que el menor nació el 4 de junio de 2002 y fue registrado como descendiente de Alfredo Barahona. Sin embargo, para la fecha de la concepción, la accionante sostuvo relaciones sexuales con José Guillermo Marroquín, conocedor de la situación y quien se negó a realizar el reconocimiento.

2.2. Aseveró la demandante que se separó de hecho de Alfredo Barahona desde hace ocho (8) años, por violencia intrafamiliar.

3. Una vez admitido el libelo, Alfredo Barahona rechazó las súplicas, declaró no tener dudas sobre su paternidad y propuso las excepciones de *mala fe*, *reconocimiento expreso*, y *prescripción*, bajo el argumento que la actora pretende torpedear la relación con sus hijos, en desatención de los fuertes lazos emocionales que se han tejido con su menor, por transcurrir más de 3000 días desde que se hizo el reconocimiento (folios 31-33 ibidem).

José Guillermo Marroquín no respondió la demanda, ni intervino en el proceso.

4. El Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá declaró que el infante no es descendiente de Alfredo Barahona, sino de José Guillermo Marroquín, de lo cual

ordenó tomar nota en el registro civil. Dispuso el pago de alimentos a cargo del nuevo padre, quien fue privado de la patria potestad (folios 181-188 *ejusdem*).

5. Al desatar la alzada, el superior confirmó la decisión con base en las razones que se indican en lo sucesivo (folios 9-13 del cuaderno Tribunal).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de encontrar satisfechos los presupuestos procesales y efectuar el control de legalidad, sostuvo que la decisión de no admitir la contestación de la demanda, realizada por una abogada sin tarjeta profesional definitiva, debió combatirse por los medios de impugnación señalados en el estatuto proceso, sin que fuera dable acudir al artículo 29 de la Constitución Política para deprecar una nulidad, en contravía de los principios de especificidad y debido proceso.

Aclaró que el menor es el demandante, representado por su madre, según se infiere del poder, el libelo inicial y el auto admisorio, sin que haya un término legal para definir su filiación (artículo 5 de la ley 1060 de 2006).

Deprecó como derecho de los menores el establecimiento de sus verdaderos vínculos consanguíneos, que es prevalente sobre otros y procede al margen de una progenitura responsable.

Aseveró que *«el demandado en la investigación de paternidad es el llamado a alegar cualquier irregularidad en su vinculación a la litis, sin que un tercero... pueda sustituirlo»* (folio 12).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Alfredo Barahona presentó escrito con dos (2) reproches (folios 6-18 del cuaderno Corte), de los cuales únicamente se admitió el primero, a través de auto de 17 de junio de 2014 (folios 22-28 idem)

CARGO PRIMERO

1. Denunció la configuración de las causales de nulidad contenidas en los numerales 7 y 8 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por indebida representación de Alfredo Barahona e inadecuada notificación a José Guillermo Marroquín, que deben conducir a que el proceso vuelva al juzgador de instancia y se reanude la actuación.

2. Sostuvo que está legitimado para enarbolar estos motivos de anulación pues *«la relación jurídica-procesal no podía [desatarse], sino con una debida representación al igual que la notificación en legal forma a los demandados»* (folio 13).

3. Afirmó que existieron múltiples violaciones al rito procesal, constitutivas de vicios *in procedendo*, los cuales pueden ser alegados en casación por la causal quinta, en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política.

4. Relievó que, a pesar de no reconocerse personería jurídica a la abogada del demandado, se permitió su intervención en el proceso, incluso para presentar y sustentar el recurso de apelación, lo que significa que nunca estuvo representado o que faltó claridad sobre este aspecto, lo que era indispensable por estar en vilo la pérdida de un hijo y por tratarse de una persona con limitados recursos económicos y educativos. Calificó la nulidad como insaneable.

5. Encontró que la notificación de José Guillermo Marroquín se hizo a una dirección equivocada, por lo que no se realizó en debida forma, lo que impedía resolver sobre la investigación de paternidad, máxime ante la falta de pruebas, constituyéndose en un motivo de invalidez no saneable.

6. El demandante se opuso y arguyó que, en el curso del proceso, el demandado no usó los remedios que estaban a su alcance para solucionar los yerros criticados. En todo caso, desde el 2 de mayo de 2012 se reconoció personería jurídica a su abogada.

Frente a la notificación, manifestó que la empresa de correo certificó que el destinatario reside o labora en la dirección de recepción, por lo que José Guillermo Marroquín fue debidamente informado.

Terminó con la afirmación que el convocado ha dilatado temerariamente el proceso, «*causando graves e irremediables perjuicios al menor*» (folio 31).

CONSIDERACIONES

1. Cuestión de primer orden es precisar que, a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2016, al *sub examine* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5° de su artículo 625, que los recursos interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2. El numeral 5 del artículo 368 ibidem prescribe que la casación procede por «*[h]aberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubiere saneado*».

Significa que los errores procesales puedan dar lugar a la prosperidad del remedio extraordinario, siempre que revistan la gravedad señalada por el legislador y, adicionalmente, se satisfagan las condiciones establecidas para la prosperidad de la invalidación.

Ciertamente, *el sometimiento a las formas propias de cada juicio*, máxima que integra el debido proceso, impone al juzgador observar con total respeto la ritualidad que es connatural al trámite judicial; empero, nada excluye que se presenten yerros, explicables por la naturaleza falible de los seres humanos, los cuales deben ser superados a través de los mecanismos ordinarios previstos en los códigos, so pena de habilitar, en algunos casos, la procedencia de la casación.

Al respecto, la doctrina nacional tiene dicho:

La inobservancia o la desviación de las formas legalmente establecidas para la regular constitución y el debido desenvolvimiento de la relación procesal, constituyen verdaderas anormalidades que impiden en el proceso el recto cumplimiento de la función jurisdiccional. Como dichos errores in procedendo necesariamente van a influir, en mayor o menor medida, en el pronunciamiento de la sentencia de fondo, a la que por consiguiente faltará una base jurídica establece, de ello claramente resulta la razón de la trascendencia que en el ámbito de la casación tienen las nulidades procesales¹.

¹ Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ed. Ibáñez, 2005, p. 573.

Claro está, para que algún motivo de nulidad sea sustentáculo de un embiste en casación, es menester que se observen los principios que gobiernan aquella institución, en concreto, los de *especificidad, protección, trascendencia y convalidación* (SC8210, 21 jun. 2016, rad. n.° 2008-00043-01), porque de lo contrario debe desestimarse la censura y la sentencia controvertida conservará su vigor jurídico.

La especificidad alude a la necesidad de que los hechos alegados se subsuman dentro de alguna de las causales de nulidad taxativamente señaladas en las normas procesales o en la Constitución Política, sin que se admitan motivos adicionales (cfr. CSJ, SC11294, 17 ag. 2016, rad. n.° 2008-00162-01).

La protección se relaciona «*con la legitimidad y el interés para hacer valer la irregularidad legalmente erigida en causal de nulidad, en cuanto, dado el carácter preponderantemente preventivo que le es inherente, su configuración se supedita a que se verifique una lesión a quien la alega*» (CSJ, SC, 1 mar. 2012, rad. n.° 2004-00191-01).

La trascendencia impone que el defecto menoscabe los derechos de los sujetos procesales, por atentar contra sus garantías o cercenarlas.

Por último, la convalidación, en los casos en que ello sea posible, excluye la configuración de la nulidad cuando el perjudicado expresa o tácitamente ratificó la actuación anómala, en señal de ausencia de afectación a sus intereses (cfr. SC, 19 dic. 2011, rad. n.° 2008-00084-01).

Itérese, de izarse un cargo fundado en una nulidad procesal, por fuera de las anteriores directrices, éste debe desestimarse.

3. Analizado el embiste admitido en casación, a la luz de las anteriores reflexiones, descuella su fracaso, por cuanto no se configuró la primera de las causales de nulidad esgrimida y, frente a la segunda, hay falta de legitimación para su formulación.

3.1. En efecto, el numeral 7 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil prescribe que la causa es nula cuando es «*indebida la presentación de las partes*» o, en punto a la procuración judicial, hay «*carencia total de poder para el respectivo proceso*».

Esto es, la actuación deberá invalidarse en los casos en que interviene un incapaz, una persona jurídica, un patrimonio autónomo o cualquier otro sujeto que deba concurrir al proceso por intermedio de un representante legal o vocero, sin la presencia de éste. Igual consecuencia se originará del hecho de permitir la participación de un

abogado, en nombre de uno de los sujetos procesales, sin encargo para actuar.

Esta Corporación, refiriéndose a la materia, precisó:

[L]a indebida representación de las partes en el proceso se da, en primer lugar, cuando alguna de ellas o ambas, pese a no poder actuar por sí misma, como ocurre con los incapaces y las personas jurídicas, lo hace directamente o por intermedio de quien no es su vocero legal; y, en segundo término, cuando interviene asistida por un abogado que carece, total o parcialmente, de poder para desempeñarse en su nombre (SC15437, 11 nov. 2014, exp. n.º 2000-00664-01. En el mismo sentido SC, 11 ag. 1997, rad. n.º 5572).

En el *sub lite* no se advierte la configuración de esta pifia, por cuanto la abogada Diana Jaibeydy Heredia Monroy actuó en nombre del casacionista, con base en el poder otorgado el 2 de mayo de 2012, en el que literalmente se declaró:

ALFREDO BARAHONA, mayor de edad, domiciliado y residenciado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.200.767 de Otanche, con toda atención me dirijo a su despacho, manifestado (sic) que confiero poder amplio y suficiente ala (sic) Dra. DIANA HEREDIA MONROY..., abogada titulada y en ejercicio, identificada con... Tarjeta Profesional No. 195.044..., para que en mi nombre y representación, ejerza mi defensa dentro del proceso de referencia 2010-[0]0947 que se tramita en su Juzgado.

La Dra. DIANA HEREDIA MONROY, está facultada para demandar, recibir, desistir, transigir, corregir, sustituir, renunciar, conciliar, designar apoderado suplente... interponer recursos y sustentarlos, presentar alegatos de conclusión y demás actuaciones que se susciten dentro del proceso... (folio 151 del cuaderno 1).

Una vez este documento se aportó a la foliatura, el juzgador de primera instancia reconoció personería a la letrada, en la audiencia adelantada el mismo día (folio 154 ibidem), momento a partir del cual intervino en varias actuaciones, dentro del marco de sus facultades.

Con antelación al 2 de mayo, no se permitió la intervención de la profesional en derecho, ante la ausencia de tarjeta profesional vigente (folio 43 ib), hecho que, por sí mismo, mal podría encajar dentro de los supuestos de una indebida representación judicial, porque no se le permitió actuar, lo cual sólo devino posible cuando allegó un nuevo mandato y acreditó la calidad de abogada.

Así las cosas, se excluye la configuración de una situación invalidante de la causa, por lo que en este punto el cargo está llamado al fracaso.

3.2. Frente a la alegación por indebida notificación de José Guillermo Marroquín, es menester indicar que su invocación se hizo por una persona carente de legitimación, en contravía del principio de protección, por lo que también habrá de desestimarse.

Y es que, para declarar una nulidad, como se indicó párrafos atrás, es menester que el peticionario acredite su interés, esto es, la afectación que el acto irregular le irrogó. Es conocido que *«[n]o hay nulidad... sin interés, traducido*

principalmente en el perjuicio irrogado a quien lo invoca» (CSJ, SC, 17 feb. 2003, exp. n.° 7509).

Así lo establece el inciso segundo del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, a saber: *«la parte que alegue una nulidad deberá expresar su interés para proponerla»*. De forma particular, en tratándose de la causal octava de nulidad, esto es, *falta de notificación o emplazamiento en legal formal*, expresamente se establece que *«sólo podrá alegarse por la persona afectada»* (inciso tercero artículo 143 ibidem).

La jurisprudencia tiene dicho:

[E]ntendidas las nulidades como mecanismo para proteger a aquel cuyo derecho ha sido atropellado, es entonces evidente que las mismas sólo pueden, en principio, alegarse por la persona afectada por el vicio, vale decir, que sólo a ésta y no a otra asiste interés jurídico para reclamar al respecto, desarrollo legislativo de lo cual es el inciso 2° del artículo 143 del código de procedimiento civil el que impone a quien alega cualquiera de ellas, la obligación de ‘expresar su interés para proponerla’ delimitándose en frente de cuál de las partes es que media el hecho anómalo y por ende a quién perjudica.

Tan obvia imposición del legislador, por lo demás, vino a ser acentuada específicamente por el inciso 3° del artículo 143 ibídem, al señalar que ‘la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada’ (SC, 22 sept. 2004, exp. n.° 1993-09839-01).

Empero de lo comentado, el interesado promovió la casación con fundamento en la indebida notificación de José Guillermo Marroquín, sin tener interés para elevar este

pedimento, por no haberse afectado sus derechos o garantías. El único que podría alegar tal motivo de invalidación es el perjudicado, Más aún si se tiene en cuenta que los demandados son litisconsortes facultativos, amén que fueron vinculados con fines diferentes, como es la impugnación de paternidad y la declaratoria de filiación, respectivamente.

Insístase, la irregularidad antes denunciada sólo podía ser deprecada por el sujeto que resultó afectado con la indebida citación -José Guillermo-, sin que otro sujeto procesal estuviera habilitado para esgrimirla y obtener una declaración favorable.

De admitirse la súplica, se avalaría que el casacionista obtenga un provecho indebido por un supuesto perjuicio ajeno, en contravía de los principios de probidad y lealtad procesal. *«[E]n línea de principio, ‘a nadie le es lícito sacar provecho del perjuicio ajeno; y muchísimo menos cuando para ello tiene que poner en labios del indebidamente emplazado -o representado-[,] en una labor de mero acertijo, un perjuicio que éste no ha manifestado’ (sent. de noviembre 5 de 1998, exp. 5002)»* (SC, 13 dic. 2001, exp. n.º revisión 0160).

Con base en las premisas previas, colíjase que el cargo no está llamado a prosperar.

4. En todo caso, advierte la Corte que el juzgador encargado de ejecutar la resolución que cobrará carácter

definitivo con el proferimiento de este fallo, deberá promover, como mecanismo para salvaguardar el interés superior del menor actuante en este proceso, reconocido en los artículos 44 de la Constitución Política² y 8 de la ley 1098 de 2006³, las medidas necesarias para mitigar las afectaciones sociales y psicológicas que el cambio de paternidad pueda irrogarle.

Para tales fines, se tendrá en cuenta la calidad de los vínculos fraternos contruidos entre el infante y quien se predicaba su progenitor, los cuales no podrán verse interrumpidos en perjuicio de aquél. Recuérdese que, según el mandato constitucional en cita, son derechos fundamentales de los menores la salud, el cuidado y el amor, los cuales no están atados a una condición biológica, sino a un vínculo social y afectivo, que debe ser objeto de protección.

La necesidad de estas medidas había sido evidenciada por la Defensora de Familia interviniente en el proceso, quien deprecó *«realizar un seguimiento a la PROGENITORA y al NIÑO, con apoyo en el área Psico-social del equipo interdisciplinario de profesionales del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENES FAMILIAR o por la EPS donde la madre lo tenga afiliado»*, para que *«realice el proceso terapéutico requerido, teniendo en cuenta... que según los*

² «Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

³ «Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes».

interrogatorios se estableció un vínculo afectivo con uno de los demandados y el tener que asimilar su nueva situación no... [será] fácil para el niño» (folio 7 del cuaderno Tribunal).

Esta Sala, en un caso equivalente, exhortó algunas medidas, que bien podrían ser evaluadas por el juzgador de primer grado:

[E]n orden a adecuar la realidad surgida de este proceso, es de esperarse que por el juez de primer grado se tomen una serie de medidas tendientes a procurar que, de la manera menos perturbadora posible para la salud física y mental de la menor, ésta paulatinamente vaya asumiendo los efectos propios de la decisión judicial; con otras palabras, mientras la misma logra adaptarse a tales efectos, el a-quo deberá buscar, a través de todos los instrumentos legales de que dispone, como por medio de la asistente social a su cargo, la eficaz colaboración en la orientación psicológica y social de la niña y de sus familiares, que le permitan a aquélla asumir, con el mínimo de desconcierto, la transición sobreviniente de la sentencia, por supuesto que este pronunciamiento no implica por sí mismo desconocer abruptamente las circunstancias en las cuales ella actualmente se desenvuelve, ni el entorno afectivo que en el momento ostenta, todo con el propósito fundamental de contribuir a su desarrollo armónico e integral, tal y como lo prevén los artículos 44 y 45 de la Carta Política (SC, 4 may. 2005, rad. n.° 2000-00301-01).

5. Descartada la configuración de las causales de nulidad alegadas, se frustra la impugnación extraordinaria, por lo que deberán imponerse costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, así como agencias en derecho de conformidad con el precepto 392 *ibídem*, modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, para

lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora replicó la demanda de casación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida el 18 de abril de 2013 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Familia, dentro del proceso ordinario que promovió el hijo menor de Dilian Anzola Saavedra contra Alfredo Barahona y José Guillermo Marroquín Garzón.

Se condena en costas al recurrente en casación. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de \$2.000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de la Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA