El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia -03 de abril de 2018 – Accede - Confirma

Radicación Nro. : 66170-31-10-001-2015-00388-01

Demandante: JORGE ISAAC JIMÉNEZ HERNÁNDEZ.

Demandado/Guardador: LUIS ÁNGEL JIMÉNEZ MARÍN

Proceso: REMOCIÓN DE GUARDADOR

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Temas: **PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA** / **REMOCIÓN DE GUARDADOR / FALLO POR ESCRITO NO ES CASUAL DE NULIDAD / MEJOR DERECHO FRENTE AL CURADOR / ACCEDE A LAS PRETENSIONES DE REMOCIÓN / CONFIRMA - NO HAY POSESIÓN CONJUNTA / NO HA PERSONAS CON MEJOR DERECHO / ACCEDE / CONFIRMA -** El Juzgado accedió a las pretensiones y resolvió remover al señor LUIS ÁNGEL JIMÉNEZ MARÍN del cargo de guardador del interdicto y designar en su remplazo al aquí accionante.

(…)

De manera que, si bien el apelante aduce que la reforma procesal del C.G.P. nos insta a la oralidad y ello es verdad, lo cierto es que, de conformidad con la norma citada, el a quo sólo podía aplicar la oralidad en este proceso, una vez practicadas las pruebas que habían sido decretadas con anterioridad al año de 2016, cuando entró en vigencia dicha normativa para este distrito judicial.

Debió, entonces, el juez, una vez cumplida la etapa procesal, pronunciar el fallo en audiencia oral, empero lo dictó por escrito; sin embargo, ello no afecta el trámite, pues el C.G.P. no contempla tal situación como causal de nulidad. Y el haber dictado sentencia sin escuchar los alegatos de las partes, como en efecto ocurrió, tampoco, toda vez que el proceso de jurisdicción voluntaria no tiene prevista dicha etapa, que si lo es para los procesos contenciosos.

(…)

Con respecto a los otros reparos, específicamente, en cuanto al concerniente a que el juzgado accede a la remoción sin valorar la falta del demandante, esto es, no presentar el detalle del manejo de los dineros que ha recibido arbitrariamente del producido por el inmueble de propiedad del pupilo (inidoneidad), esta Sala de Decisión, considera que dicho reparo no tiene vocación de prosperidad, por lo siguiente:

El a quo, al proferir la sentencia, después de analizar las pruebas practicadas, dijo que los hijos del incapaz, ALEXIS, YULIANA y JOHN JAMES JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, son parientes que se encuentran en grado más próximo de consanguinidad con el interdicto, y por ello han de preferirse para ser nombrados como curadores de su progenitor y ellos coinciden en que debe ser JORGE ISAAC JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, su otro hijo, nombrado curador de su padre, por lo cual concluyó que éste es la persona más idónea para ejercer la guarda de su padre. Y eso es lo que predica el parágrafo del artículo 111 de la Ley 1306 de 2009, que ya fue citado, en el sentido de que, cuando un guardador legítimo o testamentario solicite le sea asignada la guarda que ejerce un curador dativo o de menor grado, el Juez hará la designación correspondiente y pondrá al solicitante en ejercicio del cargo y no se ha demostrado dentro de este proceso que sea preferible mantener al guardador que actualmente está desempeñando el cargo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

**PROCESO: REMOCIÓN DE GUARDADOR**

**EXPEDIENTE: 66170-31-10-001-2015-00388-01**

**DEMANDANTE: JORGE ISAAC JIMÉNEZ HERNÁNDEZ**

**APODERADO: VIRGILIO QUINTERO RAMÍREZ**

**GUARDADOR: LUIS ÁNGEL JIMÉNEZ MARÍN**

**APODERADO: CARLOS ARTURO LÓPEZ BOTERO**

**INTERDICTO: JORGE ISAAC JIMÉNEZ MARÍN**

**PARA AUDIENCIA EL 3 DE ABRIL DE 2018 - 1:30 DE LA TARDE**

Se da apertura a la audiencia en la que se proferirá el fallo que resuelve el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial del señor LUIS ÁNGEL JIMÉNEZ MARÍN, curador del interdicto JORGE ISAAC JIMÉNEZ MARÍN, dentro del proceso ya anunciado.

**SENTENCIA**

Como preámbulo a la decisión que se tomará, es preciso hacer las siguientes

**CONSIDERACIONES**

1. Inicialmente ha de decirse que están reunidos los presupuestos procesales y no hay motivo de nulidad que imponga invalidar lo actuado, por lo que, escuchados los argumentos de la apelación y puesto en consideración el proyecto de fallo a los Magistrados que conmigo conforman la Sala de Decisión, este es del siguiente tenor:

2. En cuanto a la legitimación en la causa, en el caso examinado no acusa ninguna deficiencia como quiera que el actor, en su condición de hijo del interdicto, puede demandar la remoción del guardador, toda vez que se trata de una acción popular, pues así lo prescribe el artículo 112 de la ley 1306 de 2009.

3. Como se recordará, lo que se pide aquí mediante este proceso, es que se acceda a la remoción del curador del interdictoJORGE ISAAC JIMÉNEZ MARÍN, para lo cual se alega que la curaduría no se ha ejercido conforme a los parámetros legales, esto es, malversación de los dineros por parte del curador y por estar el solicitante en el primer orden de las curadurías (artículo 88 de la Ley 1306 de 2009).

4. El Juzgado accedió a las pretensiones y resolvió remover al señor LUIS ÁNGEL JIMÉNEZ MARÍN del cargo de guardador del interdicto y designar en su remplazo al aquí accionante.

Adujo el juez de primer grado que: *“Se tiene que el señor Luis Ángel Jiménez Marín, no ha realizado un debido manejo de las finanzas producto de la pensión del señor Jorge Isaac, porque no solo descontó el 10% de los ingresos que obtuvo como retroactivo de la pensión del incapaz sin previa autorización judicial, sino que también obtiene beneficios de la pensión mensual percibida por su hermano, convirtiéndose dicho beneficio en el único sustento del guardador, del incapaz y su familia. Además, realizó prestamos en títulos valores (letras), que tienen algunos espacios en blanco y de las que no se observa una carta de instrucciones para su diligenciamiento, convirtiéndose dicha falencia en un riesgo para el patrimonio del interdicto.*

*5.4. Además, la ley 1306 de 2009 estableció reglas claras para administrar los bienes de una persona declarada interdicta e indicó que los dineros inactivos del incapaz deben ser puestos a disposición de entidades bancarias que produzcan rendimiento; esto obedece a que el guardador debe garantizar y asegurar los dineros de la persona que tiene a su cargo y no realizar préstamos sin las debidas precauciones, constituyendo dichas actuaciones un riesgo patrimonial al incapaz, como puede surgir en el presente caso. Es importante recalcar que el dinero prestado por el curador en letras de cambio, no beneficia al señor Jorge Isaac Jiménez, pues el producto de los intereses es invertido en la manutención no solo del interdicto, sino de su grupo familiar, incluido el curador.”*

También señaló el a quo que los hijos del incapaz, ALEXIS, YULIANA y JOHN JAMES JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, son parientes que se encuentran en grado más próximo de consanguinidad con el interdicto, por lo que han de preferirse para ser nombrados como curadores y ellos coinciden en que debe ser JORGE ISAAC JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, su otro hijo, nombrado para dicho encargo, concluyendo que este es la persona más idónea para ejercer la guarda de su padre.

5. Los reparos al fallo, por parte del vocero judicial del curador, consisten, unos en evidentes errores en el procedimiento, que tienen que ver con que el despacho ordena la práctica de testimonios en Cartagena Bolívar de lo cual el demandante no tuvo ninguna noticia; más adelante admite la demanda y le da trámite escritural, cuando la reforma procesal nos insta a la oralidad. Posteriormente y de una manera incomprensible, cierra la etapa probatoria, prorroga el proceso y dicta sentencia sin escuchar los alegatos de las partes.

Otros reparos se sustentan en que el juzgado accede a la remoción sin valorar la falta del demandante, esto es, no presentar el detalle del manejo de los dineros que ha recibido arbitrariamente del producido por el inmueble de propiedad del pupilo (inidoneidad). Al igual que no haber valorado la codependencia que es evidente entre el grupo familiar, donde siempre ha sido el arraigo del pupilo.

6. Planteadas así las cosas, corresponde a la Sala definir si el juez de primer grado, incurrió en los anteriores desaciertos, como sostiene el recurrente y, por lo tanto, debe revocarse la sentencia que decidió el asunto bajo estudio.

7. En este punto del análisis, es pertinente recordar que a la persona con discapacidad mental absoluta mayor de edad no sometido a patria potestad se le nombrará un curador, persona natural que tendrá a su cargo el cuidado del incapaz y la administración de sus bienes (artículo 52 de la Ley 1306 de 2009).

Conforme al artículo 68 de la ley 1306, sobre las guardas legítimas, que son aquellas que tienen lugar cuando falta o expira la testamentaria, son llamados el cónyuge no divorciado ni separado de cuerpos o de bienes, y el compañero o compañera permanente. También los consanguíneos del que tiene discapacidad mental absoluta, prefiriendo los próximos a los lejanos y los ascendientes a los descendientes. Y cuando existan varias personas aptas para ejercer la guarda en el mismo orden de prelación señalado en dicho artículo, el Juez, oídos los parientes, elegirá entre ellas la que le parezca más apropiada.

8. De otro lado, el parágrafo del artículo 111 de la Ley 1306 de 2009, que trata sobre la terminación de las guardas, señala que “Cuando un guardador legítimo o testamentario solicite le sea asignada la guarda que ejerce un curador dativo o de menor grado, el Juez hará la designación correspondiente y pondrá al solicitante en ejercicio del cargo, a menos que sea preferible mantener el guardador que está desempeñando el cargo y así lo disponga mediante auto debidamente motivado.”

9. Para el caso que nos ocupa, es pertinente recordar que al señor JORGE ISAAC JIMÉNEZ MARÍN se le declaró interdicto, por causa de discapacidad mental, mediante sentencia del 30 de abril de 2009, proferida por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas y se le designó como curador a su hermanoLUIS ÁNGEL JIMÉNEZ MARÍN. El demandante reclama mejor derecho a ejercer la guarda, pues se trata de un pariente de grado más próximo del interdicto.

10. Adentrándonos al estudio de los reparos formulados al fallo, se referirá esta Sala, en primer lugar, a aquellos que tienen que ver con los posibles errores de procedimiento.

10.1. En tal sentido, ha de decirse que la demanda de remoción fue presentada el 24 de junio de 2015 ante el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, como se puede apreciar a folio 16 vuelto del cuaderno principal. Fue admitida el 3 de agosto siguiente y el auto que dispuso su admisión señaló que se le daría el trámite de un proceso de jurisdicción voluntaria regulado en los artículos 649 y siguientes del C.P.C. Se ordenó citar al representante del Ministerio Público y al guardador y escuchar a los hijos del interdicto (fl. 17 ib). Practicadas las pruebas, el a quo prorrogó el término para resolver la instancia hasta por seis meses, a partir del 1º de enero de 2017, conforme lo prescribe el artículo 121 del C.G.P., para luego proferir el fallo el 10 de marzo de 2017 (fls. 235-239 cuaderno primera instancia).

Ninguna irregularidad procesal se advierte de dicha actuación, pues para la época en que fue presentada la demanda (24 de junio de 2015), aún no entraba en vigencia para el distrito judicial de Pereira el Código General del Proceso, que lo fue apenas a partir del 1º de enero de 2016, conforme al acuerdo PSAA15-10392 del 1 de octubre de 2015, del Consejo Superior de la Judicatura.

Por su parte, el artículo 624 del C.G.P., que modificó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, dispuso:

***“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir.***

***Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.***

***La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad.”***

De manera que, si bien el apelante aduce que la reforma procesal del C.G.P. nos insta a la oralidad y ello es verdad, lo cierto es que, de conformidad con la norma citada, el a quo sólo podía aplicar la oralidad en este proceso, una vez practicadas las pruebas que habían sido decretadas con anterioridad al año de 2016, cuando entró en vigencia dicha normativa para este distrito judicial.

Debió, entonces, el juez, una vez cumplida la etapa procesal, pronunciar el fallo en audiencia oral, empero lo dictó por escrito; sin embargo, ello no afecta el trámite, pues el C.G.P. no contempla tal situación como causal de nulidad. Y el haber dictado sentencia sin escuchar los alegatos de las partes, como en efecto ocurrió, tampoco, toda vez que el proceso de jurisdicción voluntaria no tiene prevista dicha etapa, que si lo es para los procesos contenciosos.

De otro lado, respecto de la práctica de unos testimonios en Cartagena, dicha prueba fue ordenada al admitirse la demanda por auto del 3 de agosto de 2015; se dispuso escuchar las declaraciones de los hijos del interdicto, comisionando a los juzgados de Familia de Cartagena, por aquellos tener su domicilio en dicha ciudad. Fueron recibidas el 16 de octubre de 2015, eso sí, antes de la notificación del libelo al curador, ocurrida el 19 de abril de 2016. Cumplido el despacho comisorio, se agregó al expediente mediante auto del 9 de diciembre de 2015 y ningún reparo formuló el demandante. Tampoco se cuestionó tal situación en primera instancia por el aquí apelante, una vez asumió la representación judicial del curador.

En todo caso, el apoderado del curador al suponer irregularidades en el proceso de remoción del curador, que de ser reales, ha debido opugnar en su momento y no ahora cuando ya la primera instancia ha finiquitado.

Además, tales testimonios ninguna incidencia tienen en la decisión, puesto que el motivo para acceder a la remoción del curador se fundamenta en el mejor derecho que tiene el demandante frente al curador, dada su calidad de hijo del interdicto que ha acreditado en el proceso, conforme a la copia del registro civil de nacimiento aportado, que reposa a folio 2 de expediente.

10.2. Con respecto a los otros reparos, específicamente, en cuanto al concerniente a que el juzgado accede a la remoción sin valorar la falta del demandante, esto es, no presentar el detalle del manejo de los dineros que ha recibido arbitrariamente del producido por el inmueble de propiedad del pupilo (inidoneidad), esta Sala de Decisión, considera que dicho reparo no tiene vocación de prosperidad, por lo siguiente:

El a quo, al proferir la sentencia, después de analizar las pruebas practicadas, dijo que los hijos del incapaz, ALEXIS, YULIANA y JOHN JAMES JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, son parientes que se encuentran en grado más próximo de consanguinidad con el interdicto, y por ello han de preferirse para ser nombrados como curadores de su progenitor y ellos coinciden en que debe ser JORGE ISAAC JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, su otro hijo, nombrado curador de su padre, por lo cual concluyó que éste es la persona más idónea para ejercer la guarda de su padre. Y eso es lo que predica el parágrafo del artículo 111 de la Ley 1306 de 2009, que ya fue citado, en el sentido de que, cuando un guardador legítimo o testamentario solicite le sea asignada la guarda que ejerce un curador dativo o de menor grado, el Juez hará la designación correspondiente y pondrá al solicitante en ejercicio del cargo y no se ha demostrado dentro de este proceso que sea preferible mantener al guardador que actualmente está desempeñando el cargo.

11. De manera que, lo anteriormente expuesto resulta suficiente, para dejar sentado que el señor LUIS ÁNGEL JIMENÉZ MARÍN, en su condición de curador de su hermano JORGE ISAAC JIMENÉZ MARÍN, debía ser removido de su cargo, con estricto apego al artículo 111 de la citada ley 1306, por tener su hijo JORGE ISAAC JIMENÉZ HERNÁNDEZ mejor derecho a ejercer la guarda de su padre.

12. De manera que, fracasa el recurso de alzada. En consecuencia, se confirmará el fallo apelado. No habrá condena en costas, por no haberse causado.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de marzo de 2017, por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas Risaralda, dentro del presente proceso de remoción de curador, promovido por JORGE ISAAC JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, en favor del interdicto JORGE ISAAC JIMÉNEZ MARÍN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas en esta instancia.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Se concede la palabra a los intervinientes, para que si a bien tienen manifestar algo.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada. Se autoriza el retiro de los asistentes.

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**