



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 19 DE 2019

(marzo 6)

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto con radicado SIM No. 1761412582 del 21/02/2019

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene validez un acuerdo sobre custodia, alimentos y visitas de los hijos, realizado de manera privada por los progenitores, sin la intervención del defensor de familia ni de un conciliador?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 2.1, Derechos y deberes de los padres frente a sus hijos menores de edad; 2.2. La figura jurídica de la conciliación; 2.3. Conciliación extrajudicial en materia de familia.

2.1. Derechos y deberes de los padres frente a sus hijos menores de edad

Los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad.

Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente y a falta de uno de los progenitores, le corresponder al otro. Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, no así la patria potestad, la cual es reservada a los padres.

El Código Civil Colombiano, establece que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los derechos que comprende la patria potestad, se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. Los derechos sobre la persona del hijo que derivan de la patria potestad se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo.

El Código Civil, dispone que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de sus hijos (art. 253). Derechos que, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucran la obligación de mantenerlo o alimentarlo (Cód. Civil., art. 411), y de educarlo e instruirlo; es decir, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo (Cód. Civil., art. 262, modificado por el Decreto 2820/74, art. 21), la que sólo será legítima, en la medida que sirva al logro del bienestar del niño, niña o adolescente.

La institución jurídica de la patria potestad, es de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal; así, los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que se derivan de la misma, a menos que ésta sea restringida o interrumpida únicamente por decisión judicial, cuando se presente una o varias de las causales establecidas legalmente.

Así mismo, el Código de La Infancia y La adolescencia, hace referencia a algunos otros deberes de los padres sobre los hijos, como son, la custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes y en su artículo 23 determina: "Los niños, niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional o a sus representantes legales".

Presenta entonces, La Ley 1098 de 2006, la figura de la custodia como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales, que

se traduce en el oficio mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo.

En desarrollo de la misma, se establece también el derecho de visitas, el cual hoy en día es entendido como derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener el contacto con el padre con el que no viven; es por ello que el padre que ostenta la custodia y el cuidado personal de su hijo menor de edad, debe garantizarle a éste su derecho fundamental a las visitas de su otro progenitor, quien también tiene el deber de mantener la relación afectiva con éste. Estos derechos se encuentran íntimamente relacionados con el ejercicio y garantía de los derechos a la familia, al cuidado y al amor, establecidos en la Constitución Política y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos derechos de custodia y visitas pueden regularse por los padres a través de conciliación o por autoridad administrativa o judicial con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de evidenciarse una inobservancia, amenaza o vulneración de los mismos.

De la misma manera, la mencionada norma consagra el derecho a los alimentos, de los menores de edad, y señala expresamente que,

"Los niños, las niñas y los adolescentes tiene derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar e la madre los gastos de embarazo y parto".

Con todo lo anterior, es claro que ser padre y madre acarrea derechos y responsabilidades sobre sus hijos a fin de garantizarles su desarrollo integral tales como, una vivienda digna, manutención, vestuario y educación, que en forma proporcional se distribuyen entre la pareja para su cumplimiento, con destino a lograr un adecuado desarrollo sostenimiento y educación de los hijos, en igualdad de condiciones, mientras dure su minoría de edad o en el evento de que exista algún Impedimento que obstaculice a los menores de edad Valerse por sí mismos.

2.2. La figura jurídica de la conciliación

La Ley 446 del 7 de julio de 1998, en el artículo 64, define la figura jurídica de la conciliación como "(...) un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por si mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador".

Dicha disposición, contempla también en el artículo 65, que son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la Ley.

En ese sentido, resulta importante denotar que el acuerdo que se logra llegar entre las partes a través de la conciliación, hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 446 del 7 de julio de 1998.

En sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, la Corte Constitucional indicó que las características fundamentales de la conciliación son:

“1) La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia, independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados.

2) La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal.

3) Es una forma de resolver los conflictos con intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial.

4) La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particulares conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.

5) Existe también la habilitación que procede cuándo las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes

respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar si conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

6) En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código da Procedimiento Civil.

7) Es jurisdiccional porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo (art. 86, Ley 446 de 1998).

Igualmente, el artículo 19 de la Ley 840 de 2001, indica que se "podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios".

2.3. Conciliación extrajudicial en materia de familia

El artículo 31 de la Ley 640 de 2001, señala que la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia, podrá ser adelantada ante los conciliadores de los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público, ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios. A falta de todos los anteriores en el respectivo municipio, esta conciliación podrá ser adelantada por los personeros y por los jueces civiles o promiscuos municipales.

Seguidamente, en su artículo 40 determina que en materia de familia la conciliación está contemplada como un requisito de procedibilidad en las siguientes materias:

1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.
2. Asuntos relacionados con las obligaciones alimentarias.
3. Declaración de la unión marital de hecho, su disolución y la liquidación de la sociedad patrimonial.
4. Rescisión de la partición en las sucesiones y en las liquidaciones de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

5. Conflictos sobre capitulaciones matrimoniales.

6. Controversias entre cónyuges sobre la dirección conjunta del hogar y entre padres sobre el ejercicio de la autoridad paterna o la patria potestad.

7. Separación de bienes y de cuerpos.

Respecto de los efectos de la conciliación extrajudicial en asuntos de familia, se pueden indicar los siguientes: (i) se agota el requisito de procedibilidad de que trata los artículos 35 y 40 de la Ley 640 de 2001, cuando las partes interesadas desean acudir ante el Juez competente para regular controversias sobre la custodia y el régimen de visitas de los menores de edad, y sus obligaciones alimentarias, entre otras; (ii) el acta hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, igual que una sentencia judicial, esto es, es de obligatorio cumplimiento para las partes y puede ser exigido su cumplimiento ante las autoridades administrativas y judiciales competentes, sin perjuicio de que en asuntos de familia, puedan modificarse sus condiciones tanto por las partes mediante un nuevo acuerdo o por el Juez de Familia, (iii) en caso de que no exista aculado, la autoridad podrá adoptar medidas provisionales, mientras se acude ante la jurisdicción.

En todo caso, cuándo se trate de la fijación de la custodia, las visitas, y la cuota alimentaria, sea por vía conciliación extrajudicial o judicial, las estipulaciones allí contenidas son obligatorias para los padres y en caso de incumplimiento la ley establece los mecanismos para reclamar su cumplimiento y las sanciones cuando a ello haya lugar.

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir:

Primero. Los padres por su condición de tales, asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos, como son la custodia, las visitas y los alimentos de los niños, niñas y adolescentes, cuando sus padres no conviven bajo el mismo techo, pueden fijarse de común acuerdo o por el Juez de Familia, siempre en atención al interés superior del menor de edad.

Segundo. En el evento en que haya acuerdo entre los padres sobre la forma en que se ejercerán y se garantizarán estos derechos a sus hijos, este se deberá plasmar a través de una conciliación, en cuyo caso las normas aplicables serán las de la Ley 640 de 2001, la cual establece entre otros, las clases de conciliación, los requisitos del acta, las constancias del acuerdo, los conciliadores, las partes intervinientes y todo lo referente al desarrollo de la misma.

Tercero. Para que tengan validez y sean exigibles los compromisos contemplados por los padres en los acuerdos que celebren sobre los derechos consagrados en la ley para sus hijos, los mismos deberán llevarse a acabo ante las autoridades competentes y con las formalidades previstas legalmente para ello.

El presente concepto no resulta de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren con la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones institucionales, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6 del Decreto 967 de 2012.

Cordialmente,

MÓNICA ALEXANDRA CRUZ OMAÑA

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.