



DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES  
DE LOS HIJOS (ANTIGUA PATRIA POTESTAD)

TESIS PARA OBTENER EL  
TÍTULO DE ABOGADO.

ASESOR DOCTOR CESAR MERCADO

AUTOR ELIZABETH PAZ PALACIOS

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
FACULTAD DE DERECHO  
BARRANQUILLA, MAYO DE 1.987

4034284

DERECHO DE FAMILIA 752

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

DR=0747



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BIBLIOTECA

GRANQUILLA  
4034284

No. de inventario 385

FECHA 21 FEB. 2008

DE DONACION

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR**  
**BIBLIOTECA**  
**BARRANQUILLA**

Barranquilla, Mayo 11 de 1987 .

Doctor  
CARLOS LLANOS  
Decano Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
Barranquilla

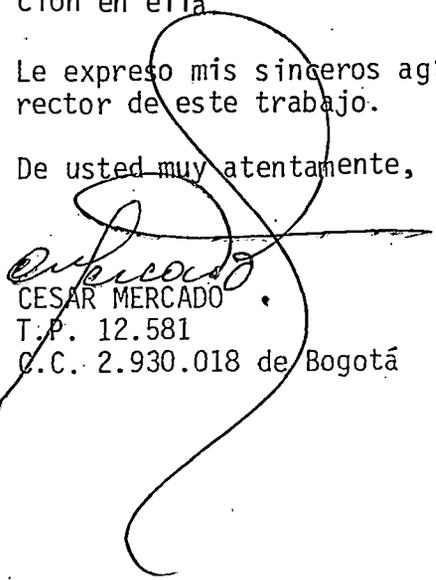
Apreciado Doctor:

Por medio de la presente me permito darle concepto favorable al Trabajo de Investigación presentado por el señor Elizauth Paz Palacios denominado "Potestad Parental"; el egresado escoge como tema un problema social que es de trascendental importancia por referirse a la potestad de los padres sobre los hijos.

En el desarrollo del trabajo demostró investigación y suma consagración en ella.

Le expreso mis sinceros agradecimientos por la designación como director de este trabajo.

De usted muy atentamente,



CESAR MERCADO

T.P. 12.581

C.C. 2.930.018 de Bogotá

T  
346.017  
P.348

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

Nota de Aceptación

---

---

---

\_\_\_\_\_  
Presidente del Jurado

\_\_\_\_\_  
Jurado

\_\_\_\_\_  
Jurado

Barranquilla, Mayo 1987

A mi tío Juvenal Paz G. por la confianza y la ayuda dada para el logro de esta meta.

ELIZAUTH PAZ P.

TABLA DE CONTENIDO

	INTRODUCCION	1
1.	POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS (ANTIGUA PATRIA POTESTAD)	4
1.1.	NATURALEZA JURIDICA DE LA POTESTAD PARENTAL	4
1.2.	DEFINICIONES Y CONCEPTOS EXPLICATIVOS	5
1.3.	ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS	5
2.	LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS EN LA MADRE	8
3.	SUJETOS DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS (ANTIGUA PATRIA POTESTAD)	10
3.2.	PERSONAS SOMETIDAS A LA POTESTAD PARENTAL	10
4.	CARACTERISTICAS DE LA POTESTAD PARENTAL	12
4.1.	ES IRRENUNCIABLE	12
4.2.	ES IMPRESCRIPTIBLE	13
4.3.	ES INTRANSMISIBLE	13
4.4.	ES TEMPORAL	14
4.5.	SU EJERCICIO CORRESPONDE A LOS PADRES	14

5.	ATRIBUTOS DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS(ANTIGUA PATRIA POTESTAD)	15
5.1.	DERECHO DE USUFRUCTO O GOCE LEGAL	15
5.1.1.	Características del derecho de usufructo	17
5.1.1.a	Su universalidad	17
5.1.1.b	Su inalienabilidad	17
5.1.1.c	Su irrenunciabilidad	18
5.1.2.	Diferencias entre el usufructo ordinario y el derivado de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos	18
5.1.3.	Derecho que implica el usufructo o goce legal	19
5.1.3.a	Usufructo sobre bienes inmuebles	20
5.1.3.b	Usufructo sobre bienes muebles	20
5.1.4.	Bienes que comprende el usufructo o goce legal	21
5.1.5.	Extinción del goce legal	25
5.2.	DERECHO DE ADMINISTRACION	26
5.2.1.	Concepto	26
5.2.2.	Quién ejerce la administración	27
5.2.3.	Reglas a que debe someterse la administración	28
5.2.4.	Ambito de la administración	33
5.2.5.	Extinción de la administración	34
5.3.	DERECHO DE REPRESENTACION	37
5.3.1.	Concepto	37
5.3.2.	Ambito de aplicación del derecho de representación	38

5.3.3.	Representación extrajudicial	39
5.3.4.	Representación judicial	40
6.	PERDIDA DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS (ANTIGUA PATRIA POTESTAD)	45
6.1.	MODOS	45
6.2.	SUSPENSION DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS	45
6.2.1.	Causales de suspensión	46
6.2.2.	Procedimiento	51
6.2.3.	Efectos de suspensión	51
6.2.4.	Restitución de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos	52
6.3.	TERMINACION DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS	53
6.4.	EMANCIPACION	53
6.4.1.	Concepto	54
6.4.2.	Emancipación voluntaria	55
6.4.3.	Emancipación legal	57
6.4.4.	Emancipación judicial	58
6.4.5.	Efectos de la emancipación	59
	CONCLUSIONES	61

## INTRODUCCION

Como tema a desarrollar, en el presente trabajo investigativo, se ha escogido el aspecto de la POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS (Antigua Patria Potestad).

La Potestad parental sobre los bienes de los hijos, es un concepto que más o menos ha evolucionado en la práctica jurídica, dentro de lo que se puede considerar como Derecho de Familia.

En consecuencia, presenta cambios fundamentales que afectan las relaciones de autoridad, los derechos y obligaciones; entre Padres e Hijos, no solo los legítimos, sino también los extramatrimoniales y los adoptivos debido a los cambios profundos que la familia, como institución y como evento social concreto, ha realizado en su estructura y en sus funciones.

Cuando se refiere a la familia, no solo se habla de la que tiene su fuente en el matrimonio, sino también de la extramatrimonial y la adoptiva. Por ello cuando se habla de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos, con respecto a estos no se hace distinción, por la igualdad

que se ha logrado entre ellos.

El desarrollo de la igualdad de los hijos extramatrimoniales frente a los legítimos, ha sido gradual, habiendo comenzado, con la ley 45 de 1936 y terminado con la reciente ley 29 de 1982.

En consecuencia los padres tienen el cuidado personal de sus hijos extramatrimoniales, y están en el deber de criarlos, educarlos y establecerlos en las mismas condiciones que dicha obligación impone, en relación con los hijos legítimos.

Con respecto a la familia adoptiva, nuestro código establece: "Toda adopción da al adoptivo y al adoptante los mismos derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos legítimos (art 276 del C.C.). Por lo tanto los adoptantes, cuando la adopción se hace por marido y mujer, la ejercerán conjuntamente, tendrán el usufructo legal sobre los bienes, en la misma forma que ese derecho existe a favor de los padres legítimos de sangre.

Como objetivo propuesto en la realización del presente trabajo tenemos:

Verificar y establecer la importancia de los cambios relacionados con la Potestad Parental, en nuestra legislación colombiana.

El tema se ha desarrollado en seis capítulos con sus conclusiones y

comentarios al respecto.

En el primer capítulo se describe la naturaleza jurídica de la Potestad Parental, acudiendo a su definición y algunos conceptos explicativos.

En el segundo capítulo trata de la Potestad Parental en la Madre.

En el tercer capítulo trata de los sujetos de la Potestad Parental, explicando claramente quien ejerce esta figura y quienes estan sometidos a ella.

En el cuarto capítulo describe las características más importantes de ésta figura.

En el quinto capítulo se habla de los atributos de la Potestad, explicando claramente las clases de usufructo, la administración de los bienes de los hijos sometidos a esta Potestad y el Derecho de Representación.

En el sexto capítulo se habla sobre la terminación o suspensión de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos.

Finalmente se hacen algunos comentarios y se sacan las conclusiones.

## 1. POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS

### ANTIGUA PATRIA POTESTAD

#### 1.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA POTESTAD PARENTAL

Entre los diversos derechos que forman la potestad de los padres sobre los hijos, hay uno que sobresale con especial importancia y con características cada vez más definidas y es la Patria Potestad (hoy Potestad Parental sobre los bienes de los hijos).

Es así como debemos tener en cuenta que la relación jurídica entre padres e hijos, da origen a una serie considerable de efectos jurídicos que nuestro Código, siguiendo la tradición y armonía con el Código Contemporáneo, agrupa en dos importantes categorías:

- Efectos de orden personal; esto es lo que depende, simplemente de la relación de parentesco y que se hallan constituidos por los derechos y obligaciones que tienen los padres para con la persona de los hijos y estos para con sus padres, independientemente de la Potestad sobre los bienes (Antigua Patria Potestad).
- Efectos de orden prematrimonial, que son los que integran la institución de la Patria Potestad, (según el viejo lenguaje del Código). Ambas clases de efectos integran lo que debe denominarse Potestad Parental.

La naturaleza jurídica de la Potestad Parental se aboca aquí definiéndola y explicándola de acuerdo a los propios preceptos o conceptos jurídicos, determinando sus propios efectos, lo cual equivale, a establecer sus limitaciones y alcances.

## 1.2. DEFINICIONES Y CONCEPTOS EXPLICATIVOS

Se entiende por Potestad Parental, según Guillermo Cabanellas, " Al conjunto de Derechos y deberes conferidos al Padre y a la Madre, en cuanto a la persona y bienes de los hijos menores no emancipados.

Según nuestro Código Civil, "Es el conjunto de Derechos que la ley reconoce a los Padres sobre los hijos no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Originalmente el Código, solo confería la Potestad al Padre, de ahí el nombre de Patria Potestad, pues la Madre no la podía ejercer por considerarsele incapaz. Esta situación ha sido modificada, de modo que la Potestad la ejercen los Padres conjuntamente, la Madre tiene la Potestad sobre los hijos, de ahí que deba utilizarse la expresión POTESTAD SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS. En consecuencia, todo lo que se exprese en relación con el Padre, debe entenderse dicho respecto a la Madre.

## 1.3. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS

La Patria Potestad como concepto y como praxis, hace parte de la "Potestad Parental". La cuál incluye efectos de orden personal, atendiendo simplemente a la relación de Parentesco, y a los efectos de orden Patrimonial (Patria Potestad propiamente dicha), o sea la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos.

En las codificaciones civiles del siglo XIX, la Potestad se concibió como conjunto de derechos que el Padre, y solamente él ejercía sobre la persona y Bienes de los hijos Legítimos.

En la últimas décadas la concepción ha variado, pues se ha llegado a distinguir entre los derechos que tiene el Padre, sobre la persona de los hijos y los derechos que le corresponde sobre sus Bienes.

Significa, esto, que la Potestad Parental sobre los Bienes de los hijos, (antigua Patria Potestad) ha sido limitada al ejercicio del derecho sobre los Bienes, con lo cuál se convierte en instrumento de representación legal, cuyo fin exclusivo es remediar la incapacidad en que se encuentre el hijo de familia. Además, el concepto de Patria Potestad, en la última forma de evolución, viene a ser compartida por ambos Padres, tal como ya anteriormente se ha enunciado.

Otro aspecto importante en los alcances y limitaciones de la Potestad Parental sobre los Bienes del Hijo es el relativo a la calidad de los bienes que pueden ser administrados por el titular. Al respecto se di

ferencian:

- Los Bienes que forman el peculio Profesional o industrial.
- Los Bienes que constituyen el peculio Adventicio ordinario.
- Los Bienes que constituyen el peculio Adventicio extraordinario.

El peculio Profesional o industrial lo constituyen los Bienes adquiridos por el hijo mediante su trabajo o profesión.

El peculio Adventicio ordinario se forma por los Bienes que han entrado al Patrimonio del hijo a título gratuito, como es el caso de la Herencia, Donación, etc, y sobre los cuales los titulares de la Potestad Parental tienen el usufructo Legal.

El peculio Adventicio extraordinario, lo forman los Bienes, adquiridos por el hijo a título de Donación, Herencia o Legado, cuando el donante haya dispuesto expresamente que el usufructo de tales Bienes corresponda al Hijo y no a los Padres, o cuando éstos son indignos o han sido desheredados.

## 2. LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS EN LA MADRE

Hoy y de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 2820 de 1974, que modificó el inc. 2 del art 288 del C.C.C, se ha establecido la norma del ejercicio de la Potestad, en conjunto o simultáneamente ejercida por ambos Padres sobre sus hijos.

El nuevo cuerpo legal de igualdad de derechos y obligaciones para el marido y la mujer, debía destruir el monopolio, que desde tiempos inmemoriales tenía el Padre sobre la titularidad de la Patria Potestad, es así, como hoy corresponde conjuntamente a ambos, dando a la mujer una participación efectiva en el ejercicio de ella, considerandola plenamente capaz. Con base en esta disposición, ya no es dado hablar de Patria Potestad, sino de "Potestad Parental".

Anteriormente el Código confería el ejercicio de dicha Potestad solamente al Padre, ya que la mujer se consideraba incapaz, luego se modificó por el artículo 53 de la ley 153 de 1887, en el sentido de que cuando faltase el Padre: por cualquier causa legal, la ejercería la Madre respecto de sus hijos, acondicionandola a que guardara buenas costumbres

en tanto no pasare a otras nupcias.

Estas causas legales son:

- Muerte real o presunta del Padre.
- Cuando el Padre delega por escrito a la Madre total o parcialmente la administración o representación de los hijos.
- Cuando tiene a su cuidado el hijo concebido y nacido extramatrimonialmente (cuando no es reconocido por el Padre).
- Cuando se ha privado del ejercicio de la Potestad Parental al Padre.
- Por ausencia del Padre.

A la Madre le corresponde por lo general la Potestad Parental; sobre el hijo extramatrimonial, cuando éste no ha sido reconocido por el Padre.

A la Madre se le suspende la Potestad Parental, o la pierde en los mismos términos o causas, por las que pierde o suspende el Padre.

### 3. SUJETOS DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS. (ANTIGUA PATRIA POTESTAD).

#### 3.1. PERSONAS ENCARGADAS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS.

La Potestad Parental como régimen de representación legal de los hijos menores de edad, solo corresponde o pueden ejercerla los Padres.

Nuestro Código Civil, establece que corresponde a los padres conjuntamente, el ejercicio de la Potestad Parental sobre la persona de sus hijos, a falta de uno de ellos, la ejercerá el otro, esto con la nueva redacción que le imprimió el Decreto 2820 de 1974, al art. 288 del C.C. C. El nuevo cuerpo, legal de igualdad de derechos y obligaciones para el marido y la mujer, destruye el monopolio que el hombre tenía en el ejercicio de dicha Potestad. Hoy día el Hombre y la Mujer la ejercen en forma conjunta.

#### 3.2. PERSONAS SOMETIDAS A LA POTESTAD PARENTAL

Están sometidos a la Potestad Parental de los Padres o uno de ellos, to

dos los menores de 18 años, que no hayan sido emancipados, como los que carecen de Padre y Madre, quedan emancipados legalmente.

Puede decirse simplemente que no están sometidos a Potestad, los menores de 18 años emancipados.

De esto se infiere que los mayores de 18 años nunca, están sometidos a Potestad Parental, por ser siempre emancipados.

#### 4. CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD PARENTAL

A la naturaleza de la Potestad Parental, le corresponde las características que a continuación se enumeran:

##### 4.1. ES IRRENUNCIABLE

Al concepto de Potestad Parental corresponde un conjunto de Derechos y obligaciones de carácter correlativo. Quien ejerza la Potestad Parental, goza de los Derechos de representar a la persona del hijo, usufructuar y administrar sus Bienes. Ello implica Derecho e impone obligaciones, porque el usufructuario, está obligado a conservar la cosa u objeto del usufructo, el administrador Padre o Madre de Familia o ambos responden de la culpa leve y la administración es también causante de responsabilidad.

Los Derechos y obligaciones derivados de la Potestad Parental por constituir derechos radicados en cabeza de menores de edad son de orden público, motivo por el cual no son renunciables; por quienes son llamados por la ley para garantizar tales derechos y son precisamente los padres los titulares de esos Derechos, y quienes resultan obligados en benefi

cio de las personas de los hijos.

En nuestra legislación, aunque no se disponga expresamente, por principio se colige que la Potestad Parental concebida, no admite renuncia puede en ciertos casos modificarse en su ejercicio, pero siempre con intervención judicial, previo conocimiento de causa y con la finalidad de proteger los intereses del hijo de familia.

#### 4.2 ES IMPRESCRIPTIBLE

Ello quiere decir, que como institución fundamental en el Derecho de Familia, no puede obrar con respecto a ella, ninguna forma de prescripción; no con respecto al Padre o Madre que se abstienen del ejercicio de los Derechos derivados de ella, porque la prescripción es una institución jurídica, aplicable a los Derechos personales y a los reales, más no a los familiares, no con relación a quien alega la adquisición de los derechos derivados de la Potestad Parental, por cuanto son de carácter personalísimos que la ley asigna con exclusividad, a los Padres.

#### 4.3. ES INTRANSMISIBLE

La Potestad Parental está fuera del comercio y constituye un Derecho personalísimo de los Padres, que no pueden ser transferidos, su misma naturaleza la convierte en intransmisible.

La jurisprudencia y la Doctrina han sido unánimes al negar; como principio general la comercialidad de los Derechos derivados de la Potestad Parental, por ello no puede cederse ni transmitirse a ningún título. Esto no significa que en ciertas circunstancias y por ciertos respectos el titular de la Potestad Parental, puede delegar el ejercicio de los Derechos, de esta, pero ello es precisamente para garantizar el Derecho delegado y obtener su garantía para el hijo favorecido. En estos casos no se puede considerar que hallan, transmisiones de Potestad Parental, lo que sucede relativamente es que el titular de un Derecho que en ciertos casos esté obligado a defenderlo, tiene que valerse de terceros para defender los intereses del hijo.

#### 4.4. ES TEMPORAL

El ejercicio de la Potestad Parental está sometido, en cuanto al término de duración, en primer lugar a la mayoría de edad del hijo, luego a la vida de los Padres, a la emancipación del hijo y por último a una decisión judicial.

#### 4.5. SU EJERCICIO CORRESPONDE A LOS PADRES

Por definición la Potestad Parental le corresponde a los Padres, con juntamente su ejercicio o a uno de ellos cuando el otro no pueda.

Los abuelos no gozan de esos Derechos. Por ser un Derecho, exclusivo de los progenitores.

## 5. ATRIBUTOS DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS (ANTIGUA PATRIA POTESTAD)

El ejercicio de la Potestad Parental confiere a su titular atributos o Derechos que son:

- Derecho de Usufructo
- Derecho de Administración
- Derecho de Representación Judicial

### 5.1. DERECHO DE USUFRUCTO O GOCE LEGAL

Uno de los Derechos fundamentales derivados de la Potestad Parental es el usufructo que la ley concedía antes de la vigencia del Decreto 2820 de 1974, al Padre y en su defecto a la Madre de familia sobre los bienes de los hijos, obedecía a una compensación de los gastos de crianza, educación y fianza de los hijos.

Los Padres gozan del Derecho de usufructo desde el día de el nacimiento hasta la emancipación. "La condición de no administrar los Padres o uno de ellos, impuesta por el Donante o testador, no los inhabilita para el Derecho de usufructo, a menos de expresarse lo uno o lo otro por el donante o testador".

La Administración y el usufructo son derechos esencialmente, distintos, cuyo ejercicio pueden tenerlo los Padres simultáneamente, que suele ser lo más corriente, pero solo puede llegar a ser titular del usufructo o de la Administración, por separado, en virtud de disposición legal expresa o por voluntad unilateral cuando hay lugar a ello. Aunque la Filosofía del usufructo se mantiene hoy en día, el ejercicio del Derecho corresponde al Padre y a la Madre por partes iguales. Decreto 2820 de 1974.

El Derecho de usufructo derivado de la Potestad Parental, se extiende a los bienes que integran el Peculio Adventicio Ordinario, pero no a los del Peculio Adventicio extraordinario ni a los bienes que forman el Peculio Profesional. El Peculio Adventicio Ordinario lo constituyen los bienes que ha recibido el hijo a título gratuito, donación, herencia, o legado sobre los cuales, los Padres tienen el Ususfructo.

Sobre los bienes del Peculio Adventicio Extraordinario y a los del Peculio Profesional los Padres no tienen el Usufructo, los primeros son aquellos que el hijo ha recibido a título gratuito, pero con la condición de que el Ususfructo corresponda al hijo mismo y los segundos son los que el hijo adquiere en ejercicio de todo empleo.

Para efectos del ejercicio del Derecho de Usufructo no interesa la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae, por que aquí se ejerce tanto sobre los bienes muebles, como sobre los inmuebles.

### 5.1.1. Características del derecho de usufructo

El derecho de usufructo se caracteriza por:

- a. Su universalidad
- b. Su inalienabilidad
- c. Su irrenunciabilidad

#### 5.1.1.a. su universalidad

Por regla general los Padres gozan del Usufructo de "todos los bienes del hijo de familia por iguales partes", sólo las excepciones enunciadas al iniciar este capítulo.

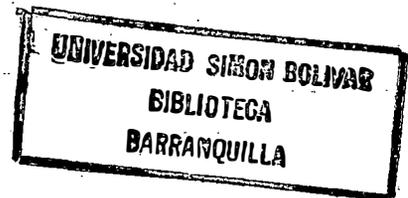
#### 5.1.1.b. su inalienabilidad

El usufructo es un derecho de los Padres establecido en defensa de los intereses de los hijos, creado por razones de orden público, motivo por el cual no admite enajenación, gravamen o transacción, simplemente por que se halla fuera del comercio.

En sentido estricto el usufructo no es propiamente un derecho real, como si lo es el usufructo ordinario.

El Derecho de usufructo no puede ser cedido, ni embargado.

Al hacer suyos los frutos, los Padres de familia disponen de ellos del



mismo modo que sus demás bienes, es decir, que el producto neto del usufructo puede ser cedido por los Padres, y embargados por sus acreedores. El derecho del Goce Legal no está en el comercio.

#### 5.1.1.c. su irrenunciabilidad

El Derecho de usufructo, por su misma naturaleza, está sustraído de posibilidad de renuncia por parte del titular; sin embargo nuestra ley Tributaria contempla un caso especial de renunciabilidad del usufructo con fines fiscales, en efecto el artículo 24 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 establece: "Las rentas originadas en el usufructo legal de los Padres de familia se gravará en cabeza de quien ejerza la Potestad Parental. La renuncia por parte del Padre a favor del hijo sólo será válida cuando se haga por escritura pública y no producirá efecto sino a partir de la fecha o del año gravable en que se otorgue el instrumento respectivo, según lo expuesto en éste por el respectivo denunciante".

#### 5.1.2. Diferencias entre el usufructo ordinario y el derivado de la Potestad Parental sobre los Bienes de los hijos.

Veamos, existen diferencias notables entre el Goce Legal o usufructo derivado de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos y el usufructo ordinario. Entre las cuales podemos mencionar:

- El goce legal derivado de la Potestad Parental es un Derecho persona

lísimo, reservado a los Padres conjuntamente o a uno de ellos, que se hace efectivo sobre la universalidad de bienes integrantes del patrimonio del hijo, el usufructo ordinario se constituye sobre un bien determinado.

- Los titulares del usufructo derivado de la Potestad Parental son los Padres y por excepción uno de ellos, el titular del usufructo ordinario puede ser cualquier persona.
- Los Padres de familia gozan del usufructo legal, sin necesidad de Caución o Fianza; no así el titular de un usufructo ordinario quien no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restituir sin previo inventario a su costa como el de los curadores de bienes.
- El usufructo legal no puede cederse, gravarse, ni hipotecarse, ni ser objeto de embargo por los acreedores; el usufructo ordinario si puede serlo.
- El usufructo legal de los Padres de familia sobre los bienes de los hijos está sometido a reglas especiales, mientras que el usufructo ordinario tiene su reglamentación en el título IX, libro segundo, Código civil.

#### 5.1.3. Derecho que implica el usufructo o goce legal

Para determinar que derechos implica el usufructo o goce legal hay que tener en cuenta si se trata de un bien inmueble o mueble.

#### 5.1.3.a. usufructo sobre bienes inmuebles

El o los usufructuarios tienen derecho a percibir los frutos naturales y aun pendientes a tiempo de definir el usufructo. Si los inmuebles, son minas, canteras, podrá aprovecharse de ellas aún disminuyendo su origen pero con la obligación de conservar su buen estado.

#### 5.1.3.b. usufructo sobre cosas muebles

Si se trata de cosas fungibles, las hacen suyas los Padres por partes iguales. Deben devolverlas en igual cantidad y calidad al terminar el usufructo.

Si se trata de cosas no fungibles los usufructuarios pueden servirse de ellas, cuidarlos, devolverlos con los aumentos de las cosas, que han adquirido durante el transcurso de el tiempo, salvo fuerza mayor o caso fortuito, terminado el usufructo deberán devolverlos.

La Corte ha venido sosteniendo que el crédito de un menor es objeto de este usufructo legal del Padre, cuando el usufructo recae sobre cosas fungibles como el dinero, el usufructuario tiene la propiedad de la cosa y está obligado a restituir igual cantidad y calidad. Si se trata

de un crédito, acto de administración, es cobrarlo. Pero si el Padre tiene el usufructo legal del crédito, al cobrarlo tiene la facultad de disponer de la cosa fungible "Dinero", que es un objeto y es forzoso admitir entonces, que el usufructo legal del Padre sobre un crédito suyo, cuyo objetivo es una cantidad, de dinero, le dá derecho para ejecutar actos de disposición o de enajenación sobre él, en el sistema actual es atribuible a los Padres conjuntamente.

#### 5.1.4. Bienes que comprende el usufructo o goce legal

Expliquemos ahora, más claramente cuales son los bienes que comprende el usufructo legal. Para determinar, los bienes afectados por él, nuestro legislador a conservado la teoría de los peculios, cuyo origen se remonta al Derecho Romano.

El art. 26 del Decreto 2820 de 1974, mantiene las dos clasificaciones de peculio consagrado en nuestro código civil; el peculio profesional o industrial y el adventicio, éste a su vez se subclasifica en ordinario y extraordinario.

Peculio Profesional o industrial, es aquel que el hijo adquiere en ejercicio de todo empleo, de profesión liberal, de toda industria u oficio mecánico. Es decir el producto logrado en virtud de su esfuerzo personal, llamesele jornal, comisión así como lo recibido por el hijo en loterías, sorteos, clubes, etc. Siempre sea el resultado de una activi

dad de caracter personal del hijo.

Es sabido que solo puede ser titular del peculio profesional el hijo menor adulto, ya que si es impuber es absolutamente incapaz. El Hijo de familia, al tenor del art.294, se mirará como emancipado, para la administración del peculio profesional; el hijo de familia no está sometido al padre en este goce y administración y no digo "habilitado de edad", por que es una figura inocua, hoy día, ya que fue suprimida por la ley 27 de 1977, que estableció la mayoría de edad a los 18 años, debe entenderse que puede ejecutar por sí mismo todos aquellos actos que son capaces de ejecutar los mayores de 18 años, excepto aquellos que por norma expresa le estén prohibidos.

Respecto a la enajenación o gravamen sobre bienes raices el hijo deberá actuar por intermedio de su representante legal, y requerirá licencia judicial con conocimiento de causa para la venta en pública subasta.

El Peculio Adventicio está integrado por los bienes que adquiera el hijo a título gratuito, donación, herencia o legado.

Esto es sustancialmente distinto a los que forman su peculio Profesional. El peculio adventicio se clasifica así:

a. Peculio Adventicio Ordinario

Lo constituyen los bienes que ha recibido el hijo a título gratuito, donación, herencia legado y en general todo aquello que el hijo adquiera y que no proceda de su trabajo personal, sobre los cuales los padres tengan el usufructo legal. Los padres tienen derecho a todos los frutos naturales o civiles, por partes iguales de las cosas que forman el peculio adventicio ordinario, en los mismos términos que todo usufructuario, haciendo suyos todos los frutos naturales que perciba, inclusive los pendientes al tiempo de diferírsele el usufructo, y los frutos civiles a medida en que se devenguen, o sea día por día.

b. Peculio Adventicio Extraordinario

Está constituido por todos aquellos bienes que el hijo ha adquirido a título gratuito, pero con la condición que el usufructo le corresponda al hijo mismo, con exclusión de los Padres.

De igual manera ingresa a este peculio las herencias, legado o aquellos que han pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre o de la madre, por haber sido desheredados. Según esto, el usufructo le corresponde al hijo. Al peculio adventicio extraordinario le corresponde dos categorías de bienes, una primera integrado por los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el testador o donante ha dispuesto expresamente que tenga el usufructo de estos bienes, el hijo, con exclusión de ambos Padres.

Una segunda categoría, por las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de uno de los Padres, caso en el cual corresponderá exclusivamente al otro. (Decreto 2820 de 1974, art. 26).

Respecto a la primera categoría, el bien objeto del Usufructo debe adquirirlo al hijo por donación, herencia o legado, y debe constar en forma expresa la intención del donante en el sentido de que es el hijo el titular del derecho de Usufructo y no a los Padres.

La condición sobre destinación del objeto del usufructo debe ser expresa y específica, porque constituye una excepción al principio general que rige este derecho, cual es el de la potestad parental, da derecho a los Padres a usufructuar los bienes de los hijos.

El legislador concluye explícitamente que de la estipulación tácita en caso de duda habrá que optar por el usufructo de los padres, porque constituye precisamente la regla general.

La herencia o legado que haya pasado al hijo por incapacidad de los Padres o de uno de ellos, constituye la segunda categoría. Esta categoría descarta propiamente la influencia de la voluntad del constituyente para el efecto del Usufructo; de los bienes de los hijos, ya no es la voluntad la que inhibe al padre el ejercicio del derecho del usufructo, es la misma ley la que prohíbe el ejercicio por razones de

indignidad o desheredamiento. La indignidad implica una situación jurídica declarada en que se encuentra una persona por hallarse dentro de una de las cualidades comprendidas en el artículo 1025 del C.C.C. " La indignidad no llega a producir efecto alguno sino es declarada", el desheredamiento es un caso semejante a la indignidad, puede el testador negarle los derechos herenciales a su legitimario, valiéndose en una de las causales determinadas en el art. 1266 del Código Civil.

En síntesis, en estos casos de indignidad o desheredamiento del Padre o de la Madre de familia, los bienes pasan a sus hijos e ingresan al Peculio Adventicio extraordinario.

#### 5.1.5. Extinción del Goce Legal

El usufructo o goce legal se extingue:

a. Por privación de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos, si el usufructo es un derecho consecuencia de esta potestad, terminará cuando ésta se torne imposible en su ejercicio, terminada la Potestad Parental, por emancipación del hijo, cesará para el Padre el ejercicio del Derecho de Usufructo.

Debe entenderse por privación de la potestad parental la Emancipación del hijo como la terminación o suspensión de aquella.

b. Por confusión, si uno de los padres es usufructuario de un bien y llega a ser propietario de éste, se termina el usufructo; es de rara ocurrencia en vida del hijo.

c. Por desaparición de la cosa, es lógico que si los bienes objeto del Goce Legal desaparecen, termina el usufructo, pero el derecho emanado del ejercicio de la Potestad Parental se conserva.

d. Por sentencia Judicial, el artículo 33 del decreto 2820 de 1974, establece que el usufructo cesa cuando por sentencia judicial se declara a los Padres que la ejercen responsables de dolo o culpa grave en el desempeño de sus funciones de administración; con ello, el legislador no hizo sino extender la aplicación del art.868 del Código Civil al caso del usufructo de los padres.

## 5.2. DERECHO DE ADMINISTRACION

### 5.2.1. Concepto

La administración es un atributo de la Potestad Parental, sustancialmente distinto del usufructo, aunque íntimamente relacionado a éste, su filosofía y ejercicio no pueden identificarse con la de los Tutores o Curadores, aunque se le apliquen muchos de sus principios o normas. La Corte ha dicho: " no puede admitirse que los principios generales sobre la limitación de las facultades de los administradores

de bienes ajenos, entre los que se cuentan los guardadores se le apli que al padre de familia, puesto que ni lógica ni histórica, ni jurídicamente hablando, el padre pueda compararse con un simple guardador des de que, según la ley ésta sólo se da en los hijos de familia que care cen de padre o madre.

#### 5.2.2. Quien ejerce la administración

Por regla general, corresponde a los padres la administración de los bienes sobre los cuales la ley les concede el usufructo. (Decreto 28 20 de 1974, art.29).

Se trata de un derecho que envuelve una obligación impuesta a los pa dres conjuntamente; están sometidos a la administración de los padres, los bienes de los hijos no emancipados.

Cuando por causas legales no puede ejercer la potestad parental sobre los bienes de los hijos, la ejercerá el otro, o sea, que los tiene que administrar el padre o madre que no está impedido para hacerlo. Pero si ninguno de los dos puede administrar dichos bienes, el juez desig nará un curador para que asuma esta función. De igual manera cuando se asigna a una persona distinta del padre o de la madre la adminis tración de los bienes del hijo heredero, donatario o legatario, ha de cefirse a esta disposición.

### 5.2.3. Reglas a que debe someterse la administración

Los padres tienen la administración del peculio adventicio ordinario, salvo que el testador o donante les haya impuesto la condición de no administrar, es decir, puede gozar del derecho de usufructo y carecer de la administración, pero si el testador priva a los padres del usufructo, éste no presume la prohibición de administrar. Los padres no están obligados a hacer inventario solemne, pero si a llevar una descripción circunstanciada de tales bienes, es decir, una relación detallada de ingresos y egresos referentes a los frutos y gastos de los bienes del hijo.

Cuando la administración de los padres sobre los bienes de el hijo no proviene de la potestad parental sino de la guarda, ha de estarse a la administración que sobre el particular agrega el código.

En cuanto al inventario hay dos expresiones:

Primera: cuando los padres contraen segundas nupcias, tienen que confeccionar un inventario para evitar confusión de sus bienes con los del hijo, con posible detrimento de sus intereses.

Segunda: cuando los padres lo soliciten voluntariamente, sus titulares pueden, para salvaguardar su gestión y para prevenir problemas futuros, solicitar la confección de un inventario solemne.

El inventario consiste en una relación detallada de todos los bienes y demás cosas pertenecientes al hijo, elaborada ante Notario, especificando muebles, inmuebles, títulos, créditos, cédulas y en general, todos los documentos.

Otra regla general que debe tenerse en cuenta, en esta administración es que los padres responden hasta la culpa leve, es decir, de aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios. Corresponderá al juez determinar el grado de culpabilidad de los padres, en casos de hechos fraudulentos, negligencia o especulaciones aventajadas, pues la noción del artículo 63 de el C.C.C. contiene una apreciación de carácter subjetivo, sometida a comprobación de distintos hechos y circunstancias. Hay que tener en cuenta que el hijo no puede celebrar contratos, sino hasta el valor del peculio Profesional. Este principio consagrado en el art.301, es de lógica elemental, porque el peculio profesional lo consigue el hijo por su propio esfuerzo personal y por su trabajo.

Cuando toma dinero al interés o celebra contratos o crédito sin permiso del padre, será obligado a restituir, hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

Vemos también que el contrato celebrado por el hijo impúber, aún con autorización de sus padres, será nulo de conformidad con el art.1747 del C.C.C., donde prescribe que hay nulidad absoluta en los actos y

contratos de los absolutamente incapaces, sin que quepa excepción alguna.

Conforme lo sostiene "Fernando Vélez" de los contratos autorizados o ratificados, responde directamente el Padre para que proceda con prudencia y diligencia a facultar al hijo para que constate o ratifique lo que ha hecho, porque de lo contrario, si la responsabilidad directa fuera del hijo, podría el padre autorizarlo fácilmente para malos negocios, sin fijarse en los malos resultados. Como el hijo sólo responde subsidiariamente por aquellos contratos, parece natural que al tratar de exigir su cumplimiento, se comience por bienes que constituyen el peculio adventicio ordinario o sea los que dejan el usufructo legal a los Padres y si ellos no fueren suficientes para satisfacer lo que se deba, podrá proceder. Contrae el peculio adventicio extraordinario o profesional de el hijo. De manera que la responsabilidad directa del Padre no quiere decir que él pague con sus propios bienes, sino con los del hijo, o sea con los bienes que le administra a éste, y sobre los cuales tiene el usufructo. Sin embargo, si éstos no bastan para satisfacer la deuda de que se trata, el hijo no responde sino hasta concurrencia del beneficio que haya recibido; si éste tampoco basta para satisfacer la deuda, el Padre tendría que pagar la diferencia con sus propios bienes

Es importante tener en cuenta también, que para enajenar o hipotecar los bienes raíces o los derechos hereditarios, aún pertenecientes al

peculio profesional del menor bajo Potestad Parental, se requiere licencia judicial del juez con conocimiento de causa y para su venta en pública subasta. Así está dispuesto por el art. 303 del C.C.C. y el art. 1ro. de la ley 67 de 1930 y el Código de Procedimiento Civil en su artículo 653. La Corte ha sostenido que los artículos 303, 484, 485, 486 del C.C.C. exigen la formalidad de la licencia Judicial y el remate en pública subasta cuando hay intereses de incapaces. "Pero no prohíben someter a este procedimiento la venta de bienes, cuyos bienes sean individuos capaces. Modo de obrar que además es pertinente cuando hay desacuerdos entre alguno de los herederos, para la disposición de los efectos destinados a la hijuela de gastos". Para la enajenación de bienes raíces se requiere entonces, licencia judicial, con conocimiento de causa.

Nos hallamos ante una medida precautelativa mediante la cual se pretende evitar la distracción de los bienes del hijo. De igual manera se exige licencia judicial con conocimiento de causa para hipotecar los bienes raíces pertenecientes al hijo. ¿Qué debe entenderse por conocimiento de causa con que debe obrar el juez?

Este requisito que exige la ley para enajenación de bienes de menores, particularmente de bienes inmuebles pertenecientes al hijo de familia, no se entiende satisfecho con el concepto favorable y expreso del Ministerio público que autorice la enajenación.

El interesado debe acreditar con pruebas idóneas la necesidad o utilidad manifiesta de la venta, porqué, como lo sostiene la Corte: "Es del contenido de una prueba y no del parecer favorable que el funcionario del Ministerio público emita"., de donde legalmente debe deducir el Juez la conveniencia o inconveniencia de autorizarla, que es exactamente lo que constituye el conocimiento de causa, prevenido por la ley misma.

En cuanto a la donación es de aclarar que los padres no pueden hacer donación de ninguna de las partes de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar, ni repudiar la herencia diferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores o curadores, así lo prevé el artículo 34 del Decreto 2820 de 1974, que subrogó al 304 del C.C.C., el cuál establecía la misma prohibición pero solo con respecto al padre.

La disposición contempla tres prohibiciones:

1- Se les prohíbe a los padres hacer donaciones de ninguna parte de los bienes, tanto de los muebles como de los inmuebles, pero sin embargo la prohibición no es absoluta, ya que el mismo legislador agrega al final de la norma y con las limitaciones impuesta a los Tutores y Curadores. El artículo 491 aplicable a los padres por disposición expresa del art. 37 del Decreto 2820 de 1974, la absoluta prohibición absoluta de donar bienes raíces, de sus hijos, aun con previo decreto judicial.

Pero podrá hacer donaciones en dinero u otros bienes de el hijo de familia, con previo decreto del Juez, el cual lo autorizará por causas graves, como la de socorrer un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública u otra semejante, y con tal de que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, y que por ello no sufra menoscabo notable de los capitales productivos.

2- Una segunda prohibición que impide al padre repudiar una herencia diferida al hijo, sin decreto judicial, con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario.

3- El que ejerce la Potestad Parental sobre los bienes del hijo, no puede dar en arriendo los bienes raíces del hijo por espacio de más de cinco años si se trata de bienes urbanos; ni más de ocho años si son rurales, pero en ningún caso más del número de años de los que falta al hijo para llegar a la mayoría de edad.

En cuanto a la enajenación de bienes muebles del hijo, es necesario decir que los padres conjuntamente o el que ejerza la potestad parental, puede enajenar libremente los bienes propios del hijo y para lo cual no estan sometidos a formalidades de autorización judicial ni a pública subasta.

#### 5.2.4. Ambito de la Administración

El artículo 29 del Decreto 2820 de 1974, confiere a los padres la administración de los bienes sobre los cuales la ley les concede el uso fructo. Los padres carecen de derecho de administrar conjunta o separadamente los bienes donados, heredados o legados bajo esta condición.

La administración comprende la ejecución de todos aquellos actos que deben ejecutar los padres conjuntamente a fin de conservar la integridad de aquel, para la cual están en la obligación de emplear la debida diligencia y cuidado que una persona consciente utiliza en la administración de sus negocios; los padres no están obligados a proceder a confeccionar inventarios solemnes de los bienes que recibe, ni a prestar caución por este concepto.

La administración por principio debe ejercerse conjuntamente por los padres, o por uno de ellos autorizados por el otro, y a falta de uno de ellos, por muerte o privación de la Potestad Parental, la ejercerá el otro.

Los padres, en la administración de los bienes de hijo responden de la culpa leve.

#### 5.2.5. Extinción de la Administración

La administración legal del padre de familia termina por vía de consecuencia o por vía principal. La administración legal termina por vía

de consecuencia cuando la Potestad Parental sobre los bienes del hijo cesan, lo cual es obvio, desaparecida la causa jurídica que dió origen a aquella desaparece el efecto.

Así lo dispone el artículo 33 del Decreto 2820 de 1974, al consagrar en su punto inicial: " Tanto la administración como usufructo cesan cuando se extingue la Potestad Parental".

La administración termina por vía principal cuando se extingue por causa que la afecte en particular, pero sin llegar a privar a los padres de los demás derechos derivados de la Potestad Parental.

De conformidad con lo que dispone el art. 299 del C.C.C. "Habrá Derecho para quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de Dolo o de grave negligencia habitual. Perderá el padre la administración de los bienes del hijo, siempre que se suspenda por decreto del Juez, la Potestad Parental".

Esta norma del art.299 del C.C.C. fué subrogado por el art. 33 del Decreto 2820 de 1974, que dispone: " Tanto la admnistración como el usufructo, cesan, cuando se extinga la Potestad Parental y cuando por sentencia judicial se declara a los padres que la ejercen responsables de Dolo o culpa grave en el desempeño de la primera".

Con esta disposición, que stablece como sanción a los padres la administración de los bienes del hijo, no se afecta en lo demás a la Potes

tad Parental, porque la pérdida de la administración no produce la emancipación del hijo, ni la pérdida del derecho de usufructo.

No obstante, aunque no lo exprese el legislador, consideramos otra causa por la cual se extingue la administración, y es cuando se presenta la deficiencia mental en el padre que ejerza ésta, ya que ello impide la buena marcha de los negocios del hijo, en detrimento de sus intereses, nada más que solicitarle al Juez la designación de un Curador para la administración de los bienes.

El numeral segundo del art. 33 del decreto en mención instituyó una presunción que hace más gravosa la culpa y exige una mayor responsabilidad de los padres. Se presume culpable cuando disminuye considerablemente los bienes del hijo o se aumenta su pasivo sin causa justificada.

Son varios los aspectos de esta disposición y que conviene analizarlos: En primer termino se contempla una presunción legal, según la cual toda disminución del activo del Patrimonio del hijo, o el aumento del pasivo sin causa justa, se presume culpable, o sea que son responsables de culpa los padres administradores que no tiene otro medio de defensa que la justificación de la disminución del activo o la aparición del aumento del pasivo, de allí la descripción circunstanciada que deba llevar el padre que ejerza la administración, según los dispone el art. 31 del Decreto 2820 de 1974, no puede referirse a una sola relación de ingresos y egresos, sino algo más, llevar una contabilidad en detalle del

rimonio del hijo.

Es necesario decir finalmente que la administración es ejercida a falta de uno de los padres por el otro, ya que en vigencia del decreto 2820 de 1974, solamente a falta de ambos, procede la designación del guardador, quien tendrá el encargo de administrar la parte o la totalidad de los bienes que hayan sido donados, heredados o legados al hijo bajo la condición de que no sean administrados por sus padres. Pero la pérdida de la administración no implica la pérdida del usufructo que en tal caso equivaldría al derecho sobre los frutos de los bienes del hijo, deducidos los gastos de derecho a la administración.

### 5.3. DERECHO DE REPRESENTACION

#### 5.3.1. Concepto

De conformidad con el artículo 1505 del C.C.C. " Lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado igual efecto que si hubiere contratado el mismo".

Como puede apreciarse en la norma, se establece en ella, la fuente legal de la representación, que según su texto puede ser de dos especies: La puramente legal y la convencional.

La legal surge por el hecho de ocurrir las circunstancias previstas en la ley generadora de la representación y que obra de pleno derecho, como consecuencia de una decisión judicial; la convencional tiene por causa la convención o el contrato, comunmente el mandato.

La representación puramente legal es consecuencia inmediata de la ley o de una decisión judicial, en el primer caso nos encontramos concretamente ante la representación legal surgida de la Potestad Parental, basta ser padre o madre para gozar del derecho de representación derivada de la institución legal de la Potestad Parental, pero claro está, con excepción de aquellos casos concretos en que la ley expresamente disponga otra cosa.

Para el caso de nuestro estudio la representación legal derivada de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos, por principio es ejercida conjuntamente por los padres pero a diferencia del usufructo y de la administración, en ciertos casos, pueden ser unitaria como lo veremos posteriormente.

### 5.3.2. Ambito de aplicación del derecho de representación

En principio el hijo de familia para actuar judicial y extrajudicialmente, debe hacerlo representado por sus padres y excepcionalmente por uno de ellos.

Los menores por no poder dirigirse a sí mismos, necesitan un representante legal que los proteja y vele por sus intereses y su persona.

La representación legal del Padre de familia se manifiestan fundamentalmente con respecto a dos especies de actos:

a- Los puramente administrativos y que ocurren comunmente y que son los actos extrajudiciales.

b- Los que son propio de la actividad jurídica extraprocesal, vale decir los actos judiciales.

### 5.3.3. Representación Extrajudicial

La representación extrajudicial del hijo de familia, según el art. 40 del Decreto 2820 de 1974, será ejercida conjuntamente por el padre y por la madre.

El hijo de familia personalmente, por regla general no puede celebrar contratos, para obligarse válidamente requiere estar representado por sus padres, y en defecto de ellos por un curador.

En la práctica, este derecho de representación que no puede ser ejercido por cada uno de los padres por separado, ha dado lugar a serios problemas en caso de desacuerdo entre los padres; porque cada uno de

ellos opta por determinada solución y el otro asume una posición distinta, el tercero que se halla en trato con ellos, tendrá que abstenerse de contratar, posiblemente en detrimento de los intereses de los hijos mientras se suscita ante el juez el asunto, para que se pronuncie sobre cual es la solución más conveniente a los intereses del hijo. Esta representación extrajudicial es de una gran importancia y la de mayor ocurrencia, pero presenta este gran inconveniente, ya que por lo general va a suscitar conflictos entre los padres, ya que estos deben ejercerla en forma conjunta, a diferencia de la representación judicial, que admite que la ejerza cualquiera de los padres, por lo tanto es suficiente que uno solo autorice o represente al hijo aun con la oposición del otro.

#### 5.3.4. Representación Judicial

Los incapaces comparecen en juicio como demandante o demandados por medio de sus representantes legales. Los representantes legales son los padres como ya lo dijimos, su tutor o curador. Para el caso de la representación judicial; se consagrará una excepción al principio general del ejercicio conjunto de la Potestad Parental, en efecto el artículo 39 del decreto 2820 de 1974, faculta a los padres para que la representación del hijo la ejerza cualquiera de los dos.

Por consiguiente dos son las situaciones en que puede encontrarse el hijo de familia, en un litigio de carácter judicial:

1- Como autora o demandante.

2- Como simple demandado cualquiera que sea la causa, criminal o civil.

Para tal efecto, se impone estudiar por separado la situación en litigio en que puede verse comprometido:

#### 1- Litigios de caracter Civil

El menor adulto que este bajo potestad parental, no puede comparecer en juicio como actor contra un tercero, sin autorización o sin ser representado por uno de sus padres.

El menor adulto puede comparecer en juicio por si mismo cuando para ello este autorizado por uno de sus padres. Si el padre o la madre de familia no autorizan al hijo para iniciar la acción civil, o estan inhabilitados para ello podrá designar el juez un Curador para la litis, con la finalidad de que reemplace a los padres, así lo estipula el art. 306 del Código Civil.

El hijo de familia no puede comparecer en juicio sin autorización y sin ser representado por el padre, como actor contra un tercero.

Si el padre de familia niega el consentimiento al hijo para la acción civil que el hijo quiere intentar contra un tercero, o si está inhabi

litado para prestarlo, podrá el Juez suplirlo, y al hacerlo así se dará al hijo un Curador para la litis, Así también, ha de procederse cuando el padre o la madre están inhabilitados para conceder la autorización al hijo. La Curaduría ad-litem es eminentemente transitoria de lo contrario implicaría suspensión de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos.

Si el menor adulto careciere de representante legal, o hallándose éste ausente, tiene la necesidad de comparecer en juicio, lo expondrá así al Juez, quien con conocimiento de causa, le nombrará un Curador para la litis, o confirmará la designación hecha por el interesado, si el nombramiento es idóneo.

Cuando el hijo intervenga en el proceso como demandado, el actor deberá dirigirse al padre, quien podrá asumir una de las posiciones siguientes:

a- Autorizar al hijo para su defensa.

b- Representarlo en la litis.

Si el padre no quisiere o no pudiere representar al hijo, o no presta su autorización, podrá el Juez suplirla o designarle al hijo un Curador para la litis.

Causas criminales

En las acciones penales, si el hijo es el actor o querellante, también debe actuar autorizado o representado por su padre, pero si el padre niega la autorización o se resiste de representarlo en juicio criminal, no puede oponerse a la autorización subsidiaria de la justicia. Esto se desprende del artículo 306 del C.C.C.

No es necesario la autorización de los padres para proceder criminalmente contra el hijo, según lo dispone el art. 41 del Decreto 2820 de 1974. Pero el padre es obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa.

El hijo de familia procesado, menor de 18 años, tiene el derecho a que su respectivo representante legal, le designe un apoderado para que lo asista en el proceso, si carece de representante legal se le nombrará un Curador ad-litem para que concorra en todas las diligencias judiciales que se entienda con el menor.

En los juicios entre padres e hijos, siempre que el hijo tenga que proceder contra quien ejerza la Potestad Parental, se le dará un Curador para la litis, el cual será un abogado defensor de familia, cuando exista en el municipio respectivo, y si obrare como actor, será necesario la autorización del Juez.

Cuando uno de los padres es el que entabla la acción contra el hijo, se entiende que este no se haya autorizado para litigar y deberá com

parecer por el otro, que esté en el ejercicio de la Potestad Parental.

En caso de que éste no quisiere o no pudiere el hijo solicitará al respectivo Juez, que le nombre un Curador para la litis, sino estuviere bajo la curaduría general.

## 6. PERDIDA DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS. (ANTIGUA PATRIA POTESTAD)

### 6.1. MODOS

La potestad parental se pierde por: Suspensión, Emancipación y terminación.

### 6.2. SUSPENSIÓN DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS

La Potestad Parental sobre los bienes de los hijos, constituye un deber o función de ejecución sucesiva por cuanto su ejercicio debe realizarse en forma continua, constante, mientras el hijo permanezca sujeto a ella. En principio la Potestad Parental no es susceptible de suspensión o de soluciones de continuidad.

Sin embargo la ley ha previsto la presencia de algunos hechos que pueden impedir el ejercicio de la Potestad Parental y dar lugar a que se suspenda.

La Potestad Parental se suspende con respecto a ambos padres o a uno de ellos, sin que ello implique su extinción durante el término de su ejercicio. La suspensión siempre lleva implícita la condición de rehabilitación, a quien la ha perdido cuando cese la causa o motivo que la originó. En esto se distingue muy claramente de la emancipación o terminación, en la que el titular despojado de la Potestad Parental no le es dado intentar readquirir su ejercicio.

#### 6.2.1. Causales de suspensión

Entre las causales de suspensión encontramos:

a- La prolongada demencia de quienes la ejercen es de lógica que un padre atacado de demencia se halle imposibilitado para cumplir los deberes de la Potestad Parental.

La ley exige que la demencia sea prolongada, lo que implica, que no puede consistir en un acceso accidental o pasajero de locura; al Juez le corresponde apreciar si la duración de la demencia es bastante, para suspender la Potestad Parental.

Además basta la sola demencia prolongada para causar la suspensión de la Potestad Parental, o sea que no se requiere por razón de ella que se decrete la interdicción de quien la ejerce.

Cuando la suspensión de la Potestad Parental se decrete, con respecto a uno de los padres, continuará ejercitando la Potestad Parental el otro, y a falta de ambos padres el Juez le designará al hijo un Curador para que se encargue de la administración de los bienes de éste.

b- Por hallarse el padre o la madre en entredicho de administrar sus propios bienes, este segundo caso se verifica; Cuando el padre o la madre ha sido puesto en interdicción de administrar sus propios bienes, por su incapacidad, originado por demencia, disipación o sordomudez.

En el caso de la demencia, por sí sola suspende la Potestad Parental o puede comenzarse por ésta para poner en interdicción al padre, lo segundo traería como consecuencia lo primero.

Para el caso del disipador o sordomudo, para que se suspenda la Potestad Parental, hay que poner en interdicción al padre, es decir, que la demencia por sí sola es causal suficiente para pedir la suspensión de la Potestad Parental, sin necesidad de solicitar previamente la declaración de interdicción; las otras causas sí.

c- La larga ausencia del padre, o de la madre. El art. 310 del código civil, subrogado por el correspondiente decreto 2820 de 1974, era más lógico, según el cual la larga ausencia era causal de suspensión siempre y cuando se siguiese perjuicio grave para los intereses del hijo.

Realmente, esta causal no debe entenderse como suficiente para decretar la suspensión; Suárez Franco, opina que: " El Juez podrá decretar ésta sino se prueban los siguientes elementos:

- 1- Que la ausencia sea larga.
- 2- Que se siga perjuicio a los intereses del hijo.
- 3- Que el padre o la madre ausente no provea a la administración de los bienes del hijo a fin de evitar graves perjuicios.

La ausencia implica el hecho de que una persona desaparezca y se ignore su paradero, Código Civil. Art. 96, " Cuando una persona desaparezca de su domicilio, ignorando su paradero, se mirará su desaparecimiento como mera ausencia y la representación y cuidado de sus intereses, lo haran sus apoderados o representantes legales".

Pero dicha ausencia debe conducir al estado de abandono del hijo, de sus bienes, y los presumibles subsiguientes perjuicios para estos bienes e intereses.

d- La vagancia y mendicidad habitual; ésta causal instituída por la ley 83 de 1946, exige tres elemntos para su configuración;

- 1- La vagancia o mendicidad del hijo, la vagancia equivale a que el hi

jo deambule por las calles y pasajes, sin ninguna vigilancia ni control por parte de los padres, la mendicidad significa que el hijo ande solicitando limosna a transeuntes por razón de sus escasos recursos.

2- Que una u otra sea habituales, vale decir que no se trata de actos esporádicos, sino de una situación continua y presumiblemente inexcusable.

3- Que el padre o la madre no empleen la debida diligencia para impedirlo.

e- Salvación del niño, al tenor del artículo 64 de la ley 83 de 1946, cuando el Juez de menores lo crea conveniente para la salvación del niño, o para evitarle grave perjuicio físico o moral, puede decretar la suspensión y dos casos deben tenerse en cuenta para la aplicación de ésta causal:

1- La amplia facultad de que goza el Juez de menores para autorizar la suspensión, siempre y cuando lo considere conveniente a los intereses del niño.

2- Que estos intereses conciernan a la salvación del hijo, en orden a evitarle grave perjuicio físico o moral.

" Que se quiso decir con la frase: Salvación del niño"

Cuando luego agrega: "o para evitarle peligro físico o moral".

Salvación es sinónimo de librar un riesgo o peligro, poner en seguro. En cuanto a las expresiones peligro físico o moral, en el diccionario de la lengua española encontramos que significa peligro y dice: Peligro es un riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal, para este caso, mal físico o mal moral, lo que quiere decir es que, la configuración de la causal, debe verse los intereses del hijo para evitarle dicho peligro.

El artículo 64 de la ley 83 de 1946 enumera entre otras causales que dan origen a la suspensión de la Potestad Parental a saber:

1- Maltratos graves o habituales por parte del padre o madre con el hijo. Por grave se entiende los que pongan en peligro la vida del menor, o puedan causarle daños; por habituales que revistan cierta continuidad, todo ello a buen criterio del Juez.

2- Abandono del padre o madre de sus derechos, cuando él padre desampara al hijo, sustrayéndose de sus obligaciones de hogar respecto de sus hijos. Esta falta del padre fué elevada a la categoría de delito por disposición del artículo 40 de la ley 75 de 1968, sancionable con la pena de seis (6) meses a dos (2) años de arresto y multas de \$1.000.00 a cincuenta mil pesos (\$50.000.00).

3- Depravación del padre o madre. La depravación implica, malas costumbres, actos inmorales y reiterados que inhiben moralmente al padre

o madre infractores para ejercer la Potestad Parental.

4- La comisión de un delito por parte de los padres le suspende la potestad parental, pero es menester que se le declare culpable del delito que se le imputa mediante sentencia, basada en autoridad de cosa juzgada y que como consecuencia de ello se fije la pena privativa de la libertad por espacio superior a un (1) año.

#### 6.2.2. Procedimiento

Para que obre la suspensión de la Potestad Parental, se requiere que provenga de un decreto de Juez de menores con conocimiento de causa, puesto que implica una modificación del Estado Civil de las personas; con conocimiento de causa quiere decir con fundamento en la prueba plena de los hechos que se alegan como causal de suspensión.

#### 6.2.3. Efectos de la suspensión

Al establecer el decreto que la Potestad Parental se suspende, parece dar a entender que el padre queda privado de los atributos que integran esta institución. Ello no es así, sin embargo, porque en caso de suspensión de la Potestad Parental, el padre pierde la administración de los bienes del hijo y como consecuencia necesaria de ésta pérdida queda el padre privado de la representación del mismo hijo, pero no dejará por esto a tener derecho a frutos líquidos, deducidos de los

gastos de la administración de manera que la suspensión de la Potestad Parental, no priva al padre del usufructo de los bienes del hijo, así pues que pierde el ejercicio de la Potestad Parental en forma momentánea, lo mismo que el derecho de administración y de representación.

En firme el decreto de suspensión de la Potestad Parental, recaído en cabeza de uno de los padres, su ejercicio le corresponderá al otro.

Para decretar la suspensión, el Juez debe obrar, previo conocimiento de causa, teniendo en cuenta el beneficio de los intereses del hijo, en todo caso a petición de parte interesada después de oído sobre ello los parientes del hijo y el defensor de menores.

Ahora bien, la suspensión de la Potestad Parental sobre los bienes del hijo no exoneran a los padres de los derechos inherentes a su persona para con el hijo.

#### 6.2.4. Restitución de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos

La suspensión de la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos, por las causas expresadas, es un fenómeno transitorio, es decir, que dura o se mantiene mientras subsista el hecho que lo produjo.

Esta restitución puede ser decretada por el Juez, salvo en el caso de la interdicción, pues el mismo fallo que le pone termino a ésta, rehabilita ipso-jure al padre en el ejercicio de la Potestad Parental.

Debe oír también el Juez a las partes y decretar nuevamente la Potestad Parental recuperando entonces el titular a plenitud sus derechos y obligaciones derivados de la misma.

### 6.3. TERMINACION DE LA POTESTAD PARENTAL SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS

El concepto tradicional de terminación de la Potestad Parental cambió a partir de la vigencia del decreto 2820 de 1974.

En efecto, es en el mismo sistema anterior del código la terminación era el género y la suspensión la especie, pero el artículo 42 del decreto 2820 de 1974, en su parte final preceptua: " Así mismo termina por las causales contemplados en el artículo 315, el cual trae las causales de emancipación judicial". Según esto la terminación, hoy implica el fenecimiento definitivo de la Potestad Parental para uno de los conyuges, pero el ejercicio permanece para el otro, ocurre por las mismas causas de la emancipación judicial y la suspensión para que se configure se requiere de decreto judicial.

### 6.4. EMANCIPACION

Es el tercer medio legal por cuya causa se pierde la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos, la suspensión se caracteriza por su temporalidad, la terminación por su parcialidad y la emancipación por ser conducente a la finalización de la Potestad Parental por parte de ambos padres.

#### 6.4.1. Concepto

La emancipación es un hecho que pone fin a la Potestad Parental sobre los bienes de los hijos, consecuentemente el hijo adquiere una especie de independencia jurídica de ambos padres. La palabra hecho, empleada por la disposición debe tomarse en sentido amplio, porque la emancipación puede ser producto tanto de un acontecimiento como también de la voluntad de los padres.

Hoy la emancipación debe entenderse como el hecho que le pone fin al ejercicio de la Potestad Parental de ambos padres porque si es con respecto a uno de ellos será simple terminación.

Consiste pues en la extinción de los derechos constitutivos por la Potestad Parental. En virtud de ella, quien ejerza la potestad queda privado de esos derechos. La emancipación puede producirse durante la minoría de edad del hijo y en circunstancias que no le es posible administrar sus propios bienes, ni ejecutar todos los actos de la vida civil. En una palabra la emancipación no implica que por ello adquiera

ra el hijo su plena capacidad jurídica.

La emancipación puede ser: voluntaria, legal y judicial.

#### 6.4.2. Emancipación voluntaria

Esta se efectúa mediante instrumento público por el cual los padres declaran emancipados al hijo adulto y el hijo consiente en ello. Resulta que esta emancipación constituye un acto bilateral.

Si vive el padre y la madre, es necesario el consentimiento conjunto para que la emancipación produzca los efectos que le señale el decreto.

Para que la emancipación voluntaria se perfeccione debe reunir los siguientes requisitos:

a- Instrumento público, no puede ser otro que una escritura pública, es decir aquel documento auténtico otorgado, ante notario y que para su custodia se inserta en el respectivo protocolo, en este documento se debe transcribir la providencia judicial por la cual se da la autorización.

b- Que recaiga sobre el hijo adulto, el beneficio de emancipación solo puede recaer sobre el menor adulto, lo cual se explica si se tiene

en cuenta, que el favorecido va a gozar de cierta libertad jurídica, y que además se requiere de su consentimiento para perfeccionarlo.

Esta exigencia implica que los impuberes no pueden obtener este beneficio de la emancipación voluntaria.

c- Conocimiento del hijo, por ser una institución establecida en beneficio del hijo, es natural que intervenga su voluntad.

Este requisito del acto de carácter bilateral, si el hijo no acepta no puede imponerse contra su voluntad la emancipación de él.

d- Autorización judicial, esta autorización debe ser con conocimiento de causa, la ley autoriza al Juez para que resuelva favorablemente la emancipación si ello beneficia los intereses del hijo y por este motivo debe hacerse con conocimiento de causa y no debe acceder a lo que se le pide, sino estan probados los hechos en que se funda la solicitud y se hayan cumplido además los requisitos que exige la ley, como sería la prueba de que el hijo es menor adulto y que ha prestado su consentimiento y la conveniencia de la emancipación lo cual se producirá previa citación de los padres y mediante declaración de testigo. El Juez solo accede favorablemente la petición de la emancipación si redunda un beneficio tanto a las personas como bienes del hijo, de lo contrario debe abstenerse de acceder a la petición, así pues, comenta Fernando Vélez: " Si el Juez no puede otorgar la autorización sin co

nocimiento de causa, es claro que en el examen de los hechos debe fundar su resolución correspondiente, pero sino prueba que de la figura de la emancipación le resulta provecho al hijo, o esto no le consta al Juez no debe permitirlo pues por regla general tanto el hijo como a la sociedad les conviene el ejercicio de la Potestad Parental".

Esta emancipación por conseción del padre es un acto puro y simple, desde luego que no puede quedar sujeto a plazo, modo o condición alguna. En nuestro concepto es un acto esencialmente gratuito, porque se trata de un estdo civil y esta fuera del comercio.

Otra característica importante en este acto es que depende exclusivamente del padre y por tanto ella no puede ser impuesta por un tercero, de ahí, que si al hijo se le hace una donación o se le deja una herencia o legado, bajo la condición de obtener la emancipación, tal condición no produce otro efecto que privar al padre del usufructo de los bienes legados, heredados o donados, aún de la administración de dichos bienes, si así lo exige expresamente el donante o testador.

#### 6.4.3. Emancipación legal

De conformidad con lo expuesto en el numeral primero del artículo 44 del decreto 2820 de 1974. " art. 314 del código civil ocurre en los casos siguientes;

1- Por la muerte real o presunta de los padres.

2- Por el matrimonio del hijo, art. 314 del C.C.C. numeral dos (2).  
Establece, todos los hijos menores de diez y ocho años, por el hecho de casarse quedan emancipados de la Potestad de los padres. Si se trata de una hija menor de diez y ocho años el marido entrará a representarla legalmente si es capaz. Si se trata de un menor de diez y ocho años, la mujer será de preferencia su curadora y si ambos son menores de diez y ocho años a cada uno habrá que nombrarle como Curador una persona diferente de su conyuge.

3- Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido. En todo caso adquiere la plena capacidad de ejercicio de los derechos y no necesita de representante legal. Sin embargo, en caso de que el menor sea incapaz por una causa distinta como demencia, sordo-mudez, disipación al cumplir los 18 años, no adquiere plena capacidad pero la potestad parental sobre los bienes si se extingue, por lo tanto se hace necesario darle representante legal, por medio del régimen de la curaduría.

#### 6.4.4. Emancipación judicial

Según el art. 315 de C.C.C. La emancipación se efectúa por decreto del Juez. Son causas de emancipación judicial las siguientes;

a- Por maltrato habitual sobre el hijo, en término de poner en peligro su vida o de causarle daño.

b- Por haber abandonado al hijo.

c- Por depravación que incapacite a los padres para ejercer la Potestad Parental.

d- Por haber sido sometidos a pena privativa de la libertad por espacio mayor de un año.

#### 6.4.5. Efectos de la emancipación

Por definición la emancipación es un hecho que tiene por objeto poner fin a la potestad parental sobre los bienes de los hijos, y este es su principal efecto, como consecuencia de ello cesa para los padres el derecho de usufructo de los bienes del hijo, la administración del hijo.

Sin embargo, la emancipación no pone fin a la potestad parental sobre los bienes de los hijos, el padre no se exonera de las obligaciones de educación, crianza y establecimiento de los hijos, quien a su vez siempre deberá a sus padres respeto y obediencia.

La situación de incapacidad del menor no cambia por la emancipación,

deja de ser hijo de familia, pero continúa como incapaz, en cuyo caso se impone la designación de Curador legítimo o dativo, que podrá ser uno de los padres; al tenor del art. 457 del C.C.C. " Los llamados a la tutela o curaduría son en general:

a- El conyuge

b- Los padres, art. 51 decreto 2820 de 1974.

c- Los descendientes

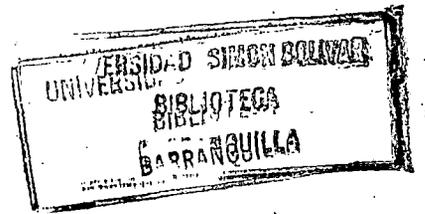
d- Los hermanos del pupilo y de los ascendientes de él.

Otro precepto importante es que la emancipación es irrevocable; el hijo adquiere el nuevo estado civil y una vez producido se hace irrevocable, es decir, que no puede revestir el estado anterior de hijo de familia. El hijo que ha sido emancipado no puede ser privado por ninguna razón de su nuevo estado civil para regresar al de hijo de familia. No tendrá por lo tanto cláusula o convenio con lo que se pretenda desvirtuar la irrevocabilidad de la emancipación, si se pactare será ineficaz.

## CONCLUSIONES

En forma breve, y como consecuencia directa de las exposiciones y de los análisis que antecede, se ponen a consideración las siguientes conclusiones:

- En cuanto a la naturaleza u origen de los cambios en la legislación colombiana, sobre la Potestad Parental, se anota que tales cambios son efectivos y se pueden establecer que se deben, principalmente a la necesidad permanente de adecuar y armonizar la norma legal a las situaciones sociales que también se van modificando.
- En cuanto a algunas de las reformas y cambios que sobresalen con respecto a la Potestad Parental, merecen enunciarse a manera de ejemplo, la reforma hecha por la ley 45 de 1936, para abolir la odiosa diferencia entre hijo legítimo y extramatrimonial.
- La relación jurídica entre padres e hijos da origen a una considerable serie de efectos jurídicos, que nuestro código civil, siguiendo la tradición agrupa en dos importantes categorías: a) Efectos de orden personal, que es lo que se conoce como Potestad Parental sobre la persona de los hijos. (Derecho y obligaciones entre Padres



e hijos). b) Efectos de orden patrimonial, que son los que integran la institución de la Patria Potestad (según el viejo lenguaje del C. C.C.), lo que conocemos como Potestad Parental sobre los bienes de los hijos. Ambas clases de efecto integran lo que se denomina Potestad Parental.

Esta institución ha tenido grandes avances en su desarrollo, es así, como nos hemos podido dar cuenta que en un comienzo solo se otorgó su ejercicio al Padre, de ahí, la denominación Patria Potestad, con el nuevo decreto de igualdad de derechos y obligaciones para marido y mujer, se dió esta Potestad en los mismos términos que al marido, o sea, que es ejercida conjuntamente por ellos, de ahí que, deba cambiarse la expresión Patria Potestad, ya que esta última se refiere a una cuestión que atañe a ambos padres.

La Potestad Parental es importantísima en las relaciones de Padres e Hijos, no en cuanto a los efectos patrimoniales, sino también con respecto a los efectos personales.

BIBLIOGRAFIA

CABANELLAS Guillermo. "Diccionario del Derecho Usual", Barcelona, Editorial Labor S.A. 1967.

CASTRO José Felix. "Estatuto de la Mujer", Bogotá, Librería Publicitaria, 1975.

FERNANDEZ CLERICO Luis. "Diccionario de la Lengua Castellana", Ciencia y arte.

LOPEZ DE LA PAVA Enrique. "Derecho de Familia", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1963.

SUAREZ FRANCO Roberto. "Derecho de Familia", Bogotá, Editorial Temis, 1979.

VALENCIA ZEA Arturo. "Derecho Civil", tomo V., "Derecho de Familia", Bogotá, Editorial Temis, 1985.