



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN SOCIAL**

Ponencia de la Magistrada Doctora MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

En la solicitud de homologación de acuerdo de ejercicio unilateral de la patria potestad intentado por los ciudadanos **RENY ROBERT VILLALOBOS DUARTE** y **YELITZA VANESA BRACHO CORONADO**, titulares de las cédulas de identidad N° 14.747.480 y 15.946.528, respectivamente; actuando con el carácter de progenitores del niño A.J.V.B. (cuya identidad se omite de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) representados por el abogado Ángel Ciro González Matos; el Juzgado Superior Primero de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, en sentencia publicada el 9 de marzo de 2017, declaró parcialmente con lugar la apelación e inadmisibile la solicitud de homologación de convenimiento en ejercicio unilateral de patria potestad, revocando la decisión del Juzgado Primero de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la misma Circunscripción Judicial, que en fecha 17 de junio de 2015 negó la homologación solicitada.

Contra esa decisión, por escrito presentado oportunamente, el apoderado judicial de los solicitantes interpuso el recurso de control de la legalidad previsto en el artículo 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

En fecha 14 de agosto de 2017 se admitió el recurso de control de la legalidad.

Terminada la sustanciación, se fijó la realización de la audiencia oral, pública y contradictoria para el día tres (03) de abril de 2018, a las doce y treinta minutos de la tarde (12:30 p.m.), todo en sujeción a lo regulado por el artículo 489 F de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual fue diferida para el diez (10) de mayo del mismo año, a las doce y treinta minutos de la tarde (12:30 p.m.).

Cumplidos los trámites de sustanciación, se realizó la audiencia oral y pública con presencia de las partes y siendo la oportunidad para decidir, lo hace la Sala bajo la ponencia de la Magistrada quien con tal carácter la suscribe, previas las siguientes consideraciones:

RECURSO DE CONTROL DE LA LEGALIDAD

Señala el recurrente que la sentencia impugnada incurrió en infracción de normas de orden público, concretamente los artículos 317, 470 y 519 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, al declarar inadmisibles los planteamientos de los solicitantes en lugar de homologarlo impartiéndole el carácter de cosa juzgada, obviando que se trata de un asunto de carácter temporal o provisional voluntario de los progenitores para resolver los eventuales requerimientos del hijo ante la ausencia del padre al irse del país y quedarse la madre sola con el adolescente en Venezuela para atender las necesidades que requieran autorización de ambos progenitores como por ejemplo, asuntos relacionados con documentos de identidad, educación, salud y recreación, garantizando el interés superior del niño.

Sostienen que es reprochable la conducta del tribunal al hacer afirmaciones impropias ya que jamás se pretendió evadir la obligación de manutención ni el régimen de convivencia, ni se pretendió avalar una irregularidad inexistente frente a la ausencia del padre, que no implica desamparo físico, material y espiritual; y mucho menos inferir que la madre sea indiferente a un abandono e indolencia del padre, nunca pretendido; y, reprochar que uno de los padres quiera irse del país sin que tenga impedimento alguno.

Concluyen que de acuerdo con el artículo 262 del Código Civil, es evidente que en materia de patria potestad, existe por un lado, la cesación por causa de extinción; y, por otro, la privación de la misma, quedando una solución intermedia como es el ejercicio unilateral por parte de un solo progenitor, por causas específicas, entre ellas la no presencia, que en el caso concreto, viene dada por la partida del padre a otro país, la cual no es contraria a la ley, y lo que pretenden es garantizarle los derechos a su hijo.

La Sala observa:

El artículo 262 del Código Civil dispone:

En caso de muerte del padre o de la madre que ejerza la patria potestad, si se hallare alguno de ellos sometido a tutela de entredicho, de haber sido declarado ausente, de no estar presente o cuando por cualquier motivo se encuentre impedido para cumplir con ella, **el otro progenitor asumirá o continuará ejerciendo solo la patria potestad**; pero si había sido privado de la misma por sentencia o decisión judicial, no podrá hacerlo sino después que haya sido autorizado o rehabilitado por el mismo tribunal. (Resaltado de la Sala)

Por su parte, los artículos 317, 470 y 519 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, establecen:

Artículo 317. No homologación del acuerdo conciliatorio. El juez o jueza no homologará el acuerdo conciliatorio cuando éste vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescentes, trate asuntos sobre los cuales no es posible la conciliación, por estar referidos a materias no disponibles o derechos irrenunciables, o verse sobre hechos punibles.

Artículo 470. Tramitación de la fase de mediación.

Al inicio de la audiencia preliminar, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe explicar a las partes en qué consiste la mediación, su finalidad y conveniencia. La fase de mediación puede desarrollarse en sesiones previamente fijadas de común acuerdo entre las partes o, cuando ello fuere imposible, por el juez o jueza.

(Omissis)

La mediación puede concluir con un acuerdo total o parcial que homologará el juez o jueza de mediación y sustanciación, el cual se debe reducir en un acta y tendrá efecto de sentencia firme ejecutoriada. En caso de acuerdo total se pone fin al proceso. En caso de acuerdo parcial, se debe dejar constancia de tal hecho en un acta, especificando los asuntos en los cuales no hubo acuerdo y continuar el proceso en relación con éstos. En interés de los niños, niñas o adolescentes, el acuerdo puede versar sobre asuntos distintos a los contenidos en la demanda. El juez o jueza no homologará el acuerdo de mediación cuando vulnere los derechos de los niños niñas o adolescentes, trate sobre asuntos sobre los cuales no es posible la mediación o por estar referido a materias no disponibles.

(Omissis)

Artículo 519. Improcedencia de la homologación.

No pueden homologarse los acuerdos extrajudiciales cuando vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescentes, o cuando versen sobre materias cuya naturaleza no permita la conciliación o mediación, o que se encuentre expresamente prohibido por la ley, tales como, la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención, y las infracciones a la protección debida.

La recurrida estableció lo siguiente:

De acuerdo con los alegatos formulados por el recurrente, el recurso está centrado en la impugnación de la recurrida por declarar el a quo improcedente *in limine litis* la solicitud de homologación de un acuerdo de voluntades entre los progenitores del hijo adolescente, en relación con el ejercicio unilateral de la patria potestad a favor de la progenitora, por el cambio de domicilio al extranjero del padre, impugnación que en términos generales, al ser resumida se verifica en la estimación del recurrente en que existe un acuerdo de voluntades de derechos disponibles, la existencia de infracciones de ley, no estar ajustada a derecho y violar derechos de niño involucrado, por lo que el punto a resolver en esta alzada se circunscribe a verificar si están dados los supuestos de hecho y de derecho para declarar la homologación solicitada, o por el contrario la petición es improcedente como lo declaró la recurrida.

(Omissis)

En este sentido, es oportuno destacar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha abordado el procedimiento a seguir en casos de solicitud de ejercicio unilateral de la patria potestad, y como regla general en sentencia N° 284 de fecha 30 de abril de 2014, con carácter vinculante estableció que:

(...), considera esta Sala preciso advertir a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que, en aras de hacer más útil y efectivo el instituto contemplado en el aludido artículo 262 del Código Civil, ante la ausencia de un texto expreso que establezca el procedimiento a seguir, con el propósito de unificar criterios, resulta conveniente que tales solicitudes, de ejercicio unilateral de la patria potestad, se tramiten conforme a lo establecido

en el artículo 517, que forma parte del Capítulo VI que regula el procedimiento de jurisdicción voluntaria en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, empero, como se estableció, será preciso que el Juzgador o juzgadora sea acucioso y exhaustivo con el material probatorio, y deberá tener como norte la búsqueda de la verdad, de conformidad con los principios de primacía de la realidad y libertad probatoria que caracterizan los procedimientos previstos y regulados por la aludida Ley Orgánica. En tal virtud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se establece con carácter vinculante para todos los tribunales de la República la utilización del referido procedimiento para tramitar la solicitud a que se refiere el artículo 262 del Código Civil.

Como se aprecia del citado texto, la Sala Constitucional establece con carácter vinculante que el procedimiento de jurisdicción voluntaria es el que debe ser utilizado para tramitar la solicitud del ejercicio unilateral de la patria potestad.

(Omissis)

Ahora bien, habida cuenta que la Sala Constitucional en sentencia N° 284 de fecha 30 de abril de 2014 al regular el procedimiento a emplear en este tipo de solicitudes, es el de jurisdicción voluntaria *“no puede tener contención, amén de que bajo ningún concepto puede una resolución judicial dictada con base en este artículo crear cosa juzgada material”*; es evidente que yerra la sentenciadora de la recurrida al declarar improcedente *in limine litis* la solicitud bajo análisis. Así se declara.

(Omissis)

Así las cosas, de lo narrado en la solicitud se infiere que el padre del adolescente al manifestar su acuerdo en el ejercicio unilateral de la patria potestad de su hijo sea únicamente ejercido por la madre, lo que hace es ceder a la madre su derecho-deber, siendo que la patria potestad como institución familiar es un derecho indisponible, por tanto, no podrá ser cedida a voluntad de los progenitores, como en efecto pretenden el padre y la madre del adolescente involucrado en esta solicitud; lo que desvirtúa el argumento del recurrente en cuanto a que al ser negada la homologación del acuerdo, se están quebrantando los derechos del adolescente, ya que tal autorización solo es otorgable por motivos excepcionales, para lo cual, en todo caso, la carga de la prueba recae en quien solicita el trámite del procedimiento pertinente para la autorización, no siendo admisible peticionar las pruebas que acrediten la solicitud ante el tribunal de alzada, en virtud de ello, este Tribunal Superior estima innecesario solicitar el movimiento migratorio del padre como lo pide la representación judicial del progenitor. Así se resuelve.

(Omissis)

Ahora bien, en el caso bajo examen, ambos progenitores señalan en la solicitud que acompañan copia certificada del acta de nacimiento del hijo con la cual está demostrado el vínculo paterno y materno filial; sin que esté previsto de qué manera el padre cumpliría con la obligación de manutención establecida judicialmente en la sentencia que declaró el divorcio cuya copia certificada riel en autos acompañada a la solicitud, lo cual es reprochable por constituir una clara vulneración del interés superior del niño que no puede ser avalada por esta alzada, pues el interés que lleva a ambos progenitores a hacer la solicitud de la referida homologación está centrada en que el padre se va a domiciliar en el extranjero; siendo que el adolescente tiene el derecho a tener un nivel de vida adecuado, y el padre está obligado a tomar medidas de protección para garantizar los derechos fundamentales de su hijo y su interés superior, mientras se encuentre ausente por domiciliarse en el extranjero.

(Omissis)

De modo que, en el presente caso al apartarse uno de los progenitores en forma voluntaria, y ceder su derecho-deber con el consentimiento del otro, para el ejercicio unilateral de la patria potestad del hijo, a juicio de esta alzada implica un rumbo trastornado que menoscaba los derechos fundamentales del adolescente, y como bien lo establece la sentencia vinculante en referencia en este fallo, en el supuesto excepcional en el que el cuidado del hijo o hija deba ser individual por uno de los progenitores, el juez debe ponderar y “ser cauteloso en el tratamiento de este tipo de instituciones; evitar el empleo del artículo 262 de la norma sustantiva para fines distintos a los en ella previstos, por lo que a juicio de esta alzada, en ningún caso la patria potestad podrá ser cedida por uno de los progenitores en forma voluntaria al otro, por cuanto afecta el orden público.

(Omissis)

En efecto, al privilegiar la situación del adolescente involucrado en el caso bajo estudio, cuyos derechos pueden verse afectados, por muy legítimos que resulten los derechos de ambos progenitores, aquéllos no pueden ser desplazados ante los propósitos e intereses del padre y la madre, por lo que asumiendo la postura de la doctrina establecida por la Sala Constitucional en sentencia N° 284 de fecha 30 de abril de 2014, en criterio de esta alzada la solicitud de homologación que dio origen al presente recurso, es inadmisibles por ser contraria a derecho al ir contra los intereses del adolescente, ya que en relación con el significado de la institución, jurídicamente ésta es de orden público, y viene atribuida de manera estricta y exclusiva al padre y a la madre biológicos, y de acuerdo con el contenido del artículo 347 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se ciñe al “conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría, que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos”. Todos los atributos de la patria potestad están subordinados a la necesidad de protección y en caso de dificultades insuperables será necesario que alguno de ellos acuda al juez quien decidirá el punto controvertido.

Para mayor abundamiento, es necesario precisar que si bien ambos progenitores realizaron un acuerdo de voluntades sobre el ejercicio de la patria potestad de su hijo a favor de la madre, mientras el padre se domicilia en el extranjero, y que la ley no lo prohíbe, ni que se realicen acuerdos entre los progenitores respecto a instituciones familiares, es de advertir que de conformidad con los artículos 375 y 518 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los acuerdos son posibles solo con respecto a la obligación de manutención, responsabilidad de crianza, régimen de convivencia familiar, liquidación y partición de la comunidad conyugal; no puede obviarse que el artículo 519 *eiusdem*, prevé que: “No pueden homologarse los acuerdos extrajudiciales cuando vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, o cuando versen sobre materias cuya naturaleza no permita la conciliación o mediación, o que se encuentre prohibido expresamente por la ley... ”.

De igual modo se observa que la norma contenida en el artículo 262 del Código Civil, no establece que uno de los progenitores asumirá la patria potestad en forma unilateral cuando se diere alguno de los tres últimos supuestos, con el acuerdo de voluntad del otro progenitor, pues esta institución ha sido superada por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pues aunque ésta no contiene norma específica referente al ejercicio unilateral, al establecer en el artículo 12 que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son de orden público, intransigibles e irrenunciables, queda reducido el acuerdo de voluntades entre los progenitores para ceder voluntariamente este derecho-deber, siendo que puede admitirse dentro del artículo 262 de la norma sustantiva, como ya viene reconocido en la jurisprudencia que se viene citando y que atañe a esta materia, concretándose al supuesto contemplado según la situación fáctica, por implicar lo pretendido estar enmarcado dentro de la referida norma sustantiva.

En consecuencia, visto que la solicitud de homologación de ejercicio unilateral de la patria potestad a favor de la madre, ha sido convenida entre el padre y la madre del adolescente, caso en el que el recurrente para rendir tributo a la jurisprudencia vinculante tantas veces citada en este fallo, se fundamenta en ella para buscar amparo en la figura del acuerdo de voluntades; lo cual por los argumentos expuestos se desechan. Así esta alzada llega a la conclusión que con tal acuerdo se altera la norma contenida en el artículo 262 del Código Civil, al concurrir ambos progenitores para solicitar la homologación de un acuerdo para que sea la madre quien ejerza la patria potestad del hijo en común, mientras el padre se domicilia en el extranjero, puesto que más que un acuerdo entre los progenitores implica una cesión del derecho-deber del padre con respecto al hijo, al hacer recaer exclusivamente en la madre este derecho-deber que por disposición del artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, no tiene efectividad jurídica por ser irrenunciable, en virtud de ello, la homologación solicitada es inadmisibles en derecho. Así se declara.

Considera la Sala que de conformidad con el artículo 518 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los atributos de la Patria Potestad sí son disponibles por acuerdo extrajudicial, todo ello en beneficio de los intereses de los niños, niñas y adolescentes; y en consecuencia, en esa circunstancia, sí pueden ser objeto de homologación.

Adicionalmente, la residencia en el exterior de uno de los progenitores (el padre) evidencia la situación de no presente del mismo, por lo que de conformidad con el artículo 262 del Código Civil, es conveniente acordar el ejercicio unilateral de la patria potestad para la madre, garantizando así los derechos y garantías del adolescente.

Se difiere de la interpretación realizada por el *ad quem* sobre el acuerdo presentado para su homologación, en lo que se refiere a las autorizaciones para viajar, ya que la Sala considera que merece un tratamiento distinto el caso donde uno de los padres, estando el otro presente, pretende el ejercicio unilateral de la patria potestad para evitar la solicitud de dichas autorizaciones, a aquellas situaciones donde el padre está no presente y, como no puede otorgar la autorización, es necesario acudir al tribunal.

Asimismo, se observa que el acuerdo suscrito por los padres tiene como único y claro fin permitir que la madre, como progenitora del adolescente, ejerza de manera unilateral y eficaz tanto la custodia como la patria potestad de éste último, con lo cual podrá realizar todos los actos de representación necesarios para el desarrollo de la vida jurídica del adolescente, sin que ello implique, bajo análisis alguno, que el padre está renunciando a las referidas instituciones familiares; muy por el contrario, se estima que este tipo de acuerdo tiene un enorme sentido y gran utilidad práctica, por cuanto en aquellos casos, sólo por mencionar un ejemplo, que el adolescente requiera ser intervenido quirúrgicamente de emergencia, bastará el consentimiento de ese solo progenitor que ejerza la patria potestad de forma unilateral, garantizando de esta forma de manera efectiva y eficaz su interés superior. Y así se establece.

Por las anteriores consideraciones, concluye la Sala que el acuerdo de ejercicio unilateral de la patria potestad a favor de la madre, cuya homologación se solicita, cumple con los requisitos previstos en el artículo 262 del Código Civil, ya que el padre efectivamente está no presente; y, dado que de conformidad con el artículo 518 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, los atributos de la patria potestad

pueden ser disponibles, la recurrida infringió los artículos denunciados; y en consecuencia se declara con lugar el recurso de control de la legalidad; y, habiéndose ya explicado que el acuerdo extrajudicial no contiene impedimento alguno para su homologación, esta Sala lo imparte. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara: **PRIMERO CON LUGAR** el recurso de control de la legalidad interpuesto por la parte actora contra la sentencia publicada el 9 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado Primero Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia; **SEGUNDO**: se **ANULA** el fallo recurrido; y, **TERCERO: HOMOLOGA** el acuerdo de ejercicio unilateral de la patria potestad presentado por los ciudadanos **RENY ROBERT VILLALOBOS DUARTE** y **YELITZA VANESA BRACHO CORONADO**, en los mismos términos y condiciones en el establecidos, pasándolo en autoridad de cosa juzgada.

No hay condenatoria en costas de conformidad con el artículo 59 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo aplicable por remisión del artículo 452 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción del estado Zulia. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen antes mencionado, todo ello de conformidad con el artículo 489-I de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los diecisiete (17) días del mes de mayo de dos mil dieciocho. Años: 208° de la Independencia y 159° de la Federación.

La Presidenta de la Sala y Ponente,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

El Vicepresidente,

Magistrado,

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrada,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

DANILO A. MOJICA MONSALVO

La Secretaria,

ANGELA MARÍA MORANA GONZÁLEZ

C.L. N° AA60-S-2017-000309.

Nota: Publicada en su fecha a las

La Secretaria,