



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Presentado por:

Jaime Martínez Ruiz

Tutelado por:

Dra. Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 23 de junio de 2019

RESUMEN:

El presente trabajo aborda la problemática de la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad, ejercicio que debe estar mediatizado por el principio del interés superior del menor en todos los ámbitos en que se manifiesta dicha potestad. En definitiva se trata de demostrar si nuestro ordenamiento jurídico ofrece una adecuada protección a los hijos menores que se encuentran bajo la patria potestad de sus progenitores y en qué ámbitos se produce esa protección, las medidas que se adoptan o se pueden adoptar en el correspondiente procedimiento con el fin de proteger esos intereses y analizando los deberes y facultades que corresponden en esta relación a los hijos y a los padres.

PALABRAS CLAVE: patria potestad, hijos, padres, emancipación, deberes, medidas de protección, cuidar, interés superior del menor.

ABSTRACT:

This paper tackles the problem of judicial intervention in the exercise of parental authority, an exercise that must be guided by the principle of the best interests of the child in every area that concerns the manifested power. To sum up, it is a matter of showing if our legal system offered an adequate level of protection to children under the custody of their parents and in which areas that protection is provided, the measures adopted or that can be adopted in the corresponding procedure in order to protect those interests and analyzing the duties and faculties that correspond in this relationship to the children and the parents.

KEY WORDS: custody, children, parents, emancipation, duties, protection measures, look after, higher interest of the minor.

INDICE.

1.	INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD CON ESPECIAL MENCIÓN AL DERECHO ROMANO.	4.
1.1.	CONCEPTO.	
1.2.	PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.	
1.3.	DESDE LA EDAD MEDIA HASTA NUESTROS DÍAS.	
2.	ELEMENTOS PERSONALES DE LA PATRIA POTESTAD.	9.
2.1.	TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.	
2.2.	EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.	
2.3.	PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD.	
3.	EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.	19.
3.1.	DEBERES Y FACULTADES EN EL ORDEN PERSONAL.	
3.1.1.	De los padres.	
3.1.2.	De los hijos.	
3.2.	LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS.	
3.3.	CONTENIDO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD.	
3.3.1.	Titularidad dominical de los hijos.	
3.3.2.	Administración de los bienes de los hijos y sus excepciones.	
3.3.3.	Régimen de los frutos de los hijos sometidos a la patria potestad.	
3.3.4.	Actos de disposición y gravamen sobre los bienes de los hijos.	
4.	PRIVACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	35.
4.1.	EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	
4.2.	PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	
4.3.	JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.	
5.	EL DEFENSOR JUDICIAL.	49.
6.	ESPECIAL MENCIÓN A LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.	52.
7.	CONCLUSIONES.	57.
8.	BIBLIOGRAFÍA.	59.
9.	ANEXO: JURISPRUDENCIA.	60.

1. INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PATRIA POTESTAD CON ESPECIAL MENCIÓN AL DERECHO ROMANO.

1.1. Concepto.

Con el nombre de patria potestad se conoce “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor”.¹

El concepto de patria potestad no siempre ha sido el mismo en todo lugar y tiempo, asique, esto nos obliga a hacer un referencia a este concepto de patria potestad remontándonos hasta el Derecho Romano.

1.2. Patria potestad en el Derecho Romano.

En el derecho romano vemos como el padre de familia, el “paterfamilias” tenía atribuida una serie de potestades muy amplias sobre los sometidos a su poder.

La patria potestas al principio no se diferenciaba muy bien del poder que una persona ostentaba sobre los esclavos o sobre la mujer sujeta por la *conventio in manus*, por ello, se cree que en un primer momento todos estos poderes estuviesen englobados bajo los poderes del paterfamilias.²

En el derecho romano diferenciamos dos etapas³, una al comienzo como una potestad casi ilimitada del padre hacia sus hijos y otra más moderada, ya considerada como función de protección.

En cuanto a las facultades del paterfamilias sobre las personas sometidas a él, en un primer momento, éste tenía facultades exorbitantes en relación con sus hijos, podía abandonar a los hijos, venderlos e incluso darles muerte previa audiencia de una junta de parientes.⁴

¹ Cfr. STS 8 de abril de 1975.

² Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

³ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

⁴ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

Ejemplo en la historia que trataron de mitigar dichos poderes tan absorbentes los tenemos en Trajano, que obligó a un padre a emancipar a un hijo al que maltrataba o, el ejemplo de Adriano que también intervino intentando moderar los poderes del paterfamilias.⁵

La venta de los hijos fue prohibida en las constituciones de Caracalla y Diocleciano, aunque fue autorizada por Justiniano en casos de extrema pobreza.⁶

En cuanto al aspecto patrimonial, desde el punto de vista del *ius civile*, la *patria potestas* implica: 1. “que el único titular de derechos reales y de derechos de crédito, en la familia romana, es el pater.”⁷, 2. “que el hijo es capaz, sin embargo, de realizar negocios jurídicos, los cuales no podrán ser de enajenación o de gravamen, porque el hijo no tiene propiedad ni derechos reales, y *nemo dat quod non habet*; pero podrán ser de los que sirvan para adquirir para el pater derechos reales o de crédito o para quedar el propio hijo obligado como deudor”⁸, 3. “que dada la imposibilidad legal de que el hijo sea titular de derechos patrimoniales, la aludida capacidad de realización de negocios jurídicos no le sirve, por tanto, de más que para ser igual que el esclavo, un instrumento de adquisición de su pater”⁹, 4. “que, en cambio, cuando por dichos actos el hijo resulta obligado, el pater no recogía la deuda contraída por el *filius*, y era éste el que quedaba civilmente deudor, aunque la responsabilidad fuese probablemente ilusoria, dadas las dificultades que a la posibilidad de su persecución judicial se presentaban”.^{10 11}

Dado el régimen tan beneficioso que para el pater suponía este régimen en el viejo *ius civile*, la evolución posterior se presentó en dos direcciones, por un lado, haciendo responsable al pater de las deudas del hijo (doctrina de las llamadas acciones *adiecticiae qualitatis*) y por otro lado, reconociendo al hijo la titularidad de derechos patrimoniales (doctrina de los *peculios*)¹².

Para reaccionar frente a la irresponsabilidad del pater, se van a proponer una serie de acciones para que los acreedores de las deudas contraídas por los hijos del pater se puedan dirigir directamente contra el pater.

⁵ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

⁶ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

⁷ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

⁸ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

⁹ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

¹⁰ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

¹¹ V. BONFANTE, Corso, I, p.84, y la bibliografía, cit., por él, especialmente las obras de MAUDRI (*Das gemeines Familiengüterrecht*, Tubinga, 1871-1876) y SOLAZZI, en BIDR 9 (1899).

¹² Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

Entre estas acciones, tenemos:

Actio quod iussu, si esa delegación por parte del pater fue expresa.

Actio exercitoria, si el pater es armador y el filius celebros el negocio como magister navis¹³

Actio institoria, si el hijo lo hizo en calidad de institor, estando al frente de un comercio o industria por decisión de su padre.

Actio de peculio, cuando el pater entrega parte de su patrimonio para que el filius lo administre y negocie.

Actio in rem verso, por la cual se demandaba al pater hasta la medida de la ganancia que vino a aumentar su patrimonio como resultado del negocio del filius.¹⁴

En cuanto a los peculios, son “ciertas masas de bienes sobre las que se reconocieron al filiusfamilias facultades variables según las épocas y las clases de peculios”.¹⁵

Existe una clasificación de los peculios, que distingue entre:

- Peculio profecticio.

Constituido por bienes que el paterfamilias dejaba al filiusfamilias para que los administrase, casi siempre con la intención de dedicarlos al ejercicio del comercio.

Este peculio es siempre propiedad del pater, el hijo solo tiene facultades de disfrute y administración sobre ellos.¹⁶

- Peculio castrense.

Este peculio se constituye en la época de Augusto, y su razón de ser, lo constituyen los bienes que el filiusfamilias adquiriría en el ejército, en este peculio, se reconoce la facultad al filiusfamilias de disponer de dichos bienes por testamento, y posteriormente también se aceptará que los pueda disponer por actos inter vivos, sin embargo, si el filiusfamilias no dispone de ellos, no son objeto de herencia, sino que pasan de manera automática al pater, ya que “iure peculii non iure successioni”.¹⁷

¹³ Vid. V. DE MARTINO, en RIV. DIR. Naval 7 (1941); en Labeo, 4 (1958), 274; PUGLIESE, en Labeo, 3 (1957).

¹⁴ Vid. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

¹⁵ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

¹⁶ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

¹⁷ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

- Peculio cuasicastrense.

Su origen se debe al desarrollo de la burocracia en el Bajo Imperio, y tiene por objeto, los bienes que el *filiusfamilias* adquiere como consecuencia de su función al servicio del Imperio son equiparados al peculio castrense.¹⁸

- El llamado peculio adventicio.

Establece que los “*bona materna*”, es decir, los bienes que el hijo adquiere por herencia de su madre, no fuesen a parar al patrimonio del padre, con esto se pretende que dichos bienes sean reservados al hijo, siendo la propiedad del hijo, y ciertas facultades de disfrute perteneciesen al pater.¹⁹

Con todo esto, se puede constatar que se produce una evolución en cuanto a las facultades de disposición de los hijos respecto de sus bienes, ya que al principio dichos bienes son propiedad del pater, y el hijo pocas o ningunas posibilidades de administración tiene sobre dichos bienes, hasta una situación diferente, en la que se empieza a tener en cuenta al *filiusfamilias* como sujeto de derecho en cuanto que puede realizar diferentes actos de disposición sobre sus propios bienes y también en ciertos casos, se le atribuye la propiedad.

1.1.3 Disolución de la patria potestas.

“la idea moderna de que al alcanzar el hijo una cierta edad deja de estar sometido a la autoridad paterna es ajena a la patria potestas romana. Esta dura toda la vida del paterfamilias, cualquiera que sea la edad de los *fili*”.²⁰

La causa principal de la extinción de la patria potestas es la muerte del pater, aunque también la conversión en esclavo, que sería la *capitis deminutio máxima*, y por último la pérdida de su condición de ciudadano, que sería la *capitis deminutio media*.²¹

También debemos mencionar otras formas de salir de la patria potestas, tal es el caso de la emancipación, que consiste en un procedimiento cuyo objetivo es la salida de la patria potestas por parte del *filiusfamilia* por voluntad del pater.

¹⁸ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

¹⁹ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

²⁰ Cfr. J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

²¹ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

Esta concepción tiene su origen en las XII Tablas²², que disponía que si el paterfamilias vendía tres veces al hijo, este quedaba liberado y por tanto emancipado.

Tendremos que avanzar hasta el siglo VI, ya con el Imperio de Oriente para conocer la emancipatio Anastasiana, que consistía en la emancipación por decisión imperial en casos en los que el hijo está ausente y Justiniano introdujo como única forma de emancipación la comparecencia y declaración ante el magistrado.²³.

1.3. Desde Edad Media hasta nuestros días.

En España, las Partidas reprodujeron casi sin modificaciones el sistema de la patria potestad del Derecho Justiniano, el cual, a través de las Leyes de Toro (cuya única innovación fue la introducción de la emancipación por matrimonio) y de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, constituyó, en general, el sistema adoptado por el Código Civil.

Aunque en el siglo XIX la institución de la patria potestad sufre cambios importantes, se puede observar que sigue existiendo una serie de aspectos que siguen manteniéndose de épocas anteriores, así, el Código Civil de 1889 mantiene:

- Caracteres absolutos de la institución de la patria potestad del Derecho Romano.
- Preferencia del varón.²⁴

El Código ha sufrido múltiples modificaciones en esta materia, siendo la más importante la que se produjo como consecuencia de la Ley de 13 de mayo de 1981.

Como características más destacadas de esta reforma, destacamos:

- Se establece la institución con carácter dual, ya que el padre y la madre son los que tienen atribuida la patria potestad.
- Se establece el principio esencial y básico de respeto a la personalidad de los hijos.
- Se elimina el usufructo del padre sobre los bienes de los hijos y se establece de una forma más ágil y rápida la administración y enajenación de los bienes del hijo.
- Creciente control e intervención del Juez en el ejercicio de la patria potestad.
- La igualdad absoluta entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales.

²² Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

²³ Vid . J. Arias Ramos, Manual de Derecho Romano vol. II 1974.

²⁴ Eduardo Sánchez-Ocaña 2007
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aPivim8BHgYJ:https://www.notariosyregistradores.com/opositores/registros-civil/t98.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es>

2. ELEMENTOS PERSONALES DE LA PATRIA POTESTAD

2.1. TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.

En el actual Código Civil observamos que la titularidad de la patria potestad recae sobre ambos progenitores y no solo sobre el padre como en el anterior Código Civil de 1981, en el cual, subsidiariamente reconocía la titularidad a la madre, en defecto de padre.

El artículo 154 del Código Civil dispone en su apartado primero: “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores”.

Por tanto, como regla general el ejercicio es conjunto de los titulares de la patria potestad, pero esto no siempre es así, ya que existen supuestos en los que la patria potestad corresponde solo a uno de los progenitores:

- a) Cuando la filiación, por no ser matrimonial, sólo ha sido determinada respecto de un progenitor, supuesto que se da en el caso de que solo uno de los progenitores reconoce al hijo. En estos casos la patria potestad corresponde sólo al progenitor respecto del cual se ha determinado la filiación, esto se deduce de la expresión utilizada en el artículo 156 párr. 3º del CC “en su defecto”.
- b) Cuando uno de los progenitores haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme (artículo 111.1 CC), en cuyo caso se le excluye de la patria potestad.
- c) Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor, en cuyo supuesto éste queda también excluido de la patria potestad (artículo 111.2 CC).
- d) Cuando un progenitor hubiese sido privado de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial (artículo 170 CC), si bien, los tribunales podrán, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.
- e) Cuando uno de los progenitores ha muerto o ha sido declarado fallecido.²⁵

²⁵ Vid. Artículo 169 CC.

También dispone el Código en su artículo 160 que “los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial”.

Por lo tanto, podemos distinguir lo que es por un lado la titularidad de la patria potestad, que puede coincidir o no con el ejercicio, puesto que puede ocurrir, que los dos progenitores tengan la titularidad, pero solo uno de ellos ostente su ejercicio.

Por último, el menor sujeto a la patria potestad también tiene intervención en la patria potestad, pues el artículo 154 del CC dispone que si los hijos tuvieren suficiente madurez serán oídos previamente a tomar las decisiones que le puedan afectar.²⁶

2.2. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

- Ejercicio conjunto de la patria potestad.

Artículo 156.1 del Código Civil: “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores [...]”, pero a continuación, el precepto establece que “o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”, para salvar los posibles escollos que se puedan producir en el ejercicio de la patria potestad.

En relación con esto último, es opinión generalizada de la doctrina entender que se trata de actuaciones conjuntas por ambos progenitores, aunque materialmente solo actúe uno de ellos.²⁷

Se entiende que son consentimiento tácitos los generalmente aceptados entre ambos progenitores sin necesidad de que medie acuerdo por parte del otro progenitor, por ejemplo, “en decisiones relativas a la renovación de la matrícula del menor en el centro en que ha venido cursando los estudios en años anteriores”²⁸.

También se ha planteado la admisibilidad de los consentimientos generales por los que uno de los progenitores autoriza al otro de una manera general.²⁹

²⁶ Vid artículo 154 Código Civil.

²⁷ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 386.

²⁸Cfr. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 386.

²⁹ Sobre el tema, Castán Pérez Gómez.

También destacamos que conforme al artículo 156.1 del CC “serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

Con esto se refiere a, en primer lugar, actos cotidianos u ordinarios, y en segundo lugar, a los actos que no admitan dilación por suponer un grave perjuicio para los intereses del hijo, como por ejemplo una intervención quirúrgica urgente.³⁰

En caso de desacuerdo, en estos casos en los que el ejercicio es conjunto, el artículo 156.2 CC establece: “en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.”³¹

Se trata siempre de minimizar los posibles conflictos que se puedan acaecer en el ejercicio de la patria potestad, teniendo la última palabra el Juez a la hora de designar a quién de los dos progenitores le corresponde la facultad de decidir.

Otro supuesto también contemplado en el artículo 156.2 del CC: “Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá la vigencia durante el plazo que se fije, que no nunca podrá exceder de dos años.”

Aquí se pone de manifiesto una excepción al principio general del ejercicio conjunto de la patria potestad por parte de los progenitores así, las modalidades en las que se puede llevar a la práctica este precepto son varias: a) atribución de la patria potestad a uno de los progenitores, b) la atribución de ciertas funciones de la patria potestad a uno sólo de los progenitores, subsistiendo la regla general de actuación conjunta para los demás casos, c) la distribución de las funciones de la patria potestad entre los progenitores.³²

Este precepto consagra la posibilidad de que la patria potestad solo sea ejercida por uno de los progenitores en el caso de que existan desacuerdos reiterados o causas que entorpezcan gravemente el normal desenvolvimiento del ejercicio de la patria potestad, a fin de poder

³⁰ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 387.

³¹ Vid. RDGRN. 25 mayo 1992 y respecto de la intervención del judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad véase art. 86 LJV.

³² Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 388.

ejercer de una forma estable dicha potestad, aunque no sea de forma conjunta por ambos progenitores.

En el artículo 156.3 del CC se dispone: “en los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”.

La forma de entender este precepto no es pacífica en la doctrina, según Seisdedos Muiño, existen dos formas de entender este precepto, por un lado, entendiendo que el progenitor que actuó, siendo en el ejercicio ordinario de la patria potestad y mediando buena fe por parte del tercero, cuenta con el consentimiento del progenitor que no actuó y una segunda forma de interpretar este precepto, sería que mediando buena fe por parte del tercero, se presumiría que el progenitor que actuó lo hizo en el ejercicio de la patria potestad llevándolo a cabo con el consentimiento del que no actuó, es importante esta distinción, pues en el primer caso, solo se referiría a los actos ordinarios o usuales del ejercicio de la patria potestad y en el segundo caso, abarcaría con más amplitud el ejercicio de la patria potestad, llevándolo más allá de los simples actos ordinarios o usuales del ejercicio de la patria potestad.³³

La doctrina también ha suscitado dudas en cuando a la interpretación de la naturaleza del consentimiento y de la buena fe, que en este artículo se proyecta, así, la Dirección General de los Registros y del Notariado por medio de la resolución 20 de febrero de 1989, considera que la presunción a la que se alude en el precepto es *iuris tantum*, y que la buena fe ha de entenderse como una confianza razonable en la concurrencia de aquel consentimiento observándose un mínimo de diligencia adecuado a la gravedad del acto, y por tanto el tercero de buena fe el que tenga que probar que efectivamente medio el consentimiento.³⁴

- Ejercicio individual de la patria potestad.

El artículo 156.4 del CC dispone “en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”.

Pues bien, “Solo habrá un titular en los supuestos de que uno de los dos muera, o haya sido declarado fallecido, o se le incapacite o sea privado de la patria potestad; y en los supuestos

³³ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 388 y 389.

³⁴ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 389.

de hijos no matrimoniales cuando uno solo de los progenitores lo haya reconocido, el que lo reconozca será titular de la patria potestad”.³⁵

Resaltamos también, que la atribución de la patria potestad es independiente de que exista o no matrimonio entre los padres.

Según La Cruz Berdejo la ausencia a la que hace referencia el artículo, no solo es la declarada, sino también se incluye la de hecho.

En orden a la imposibilidad, entiende Sancho Rebullida que guarda relación con la que reviste carácter estable por cuanto que la ocasional ya queda cubierta por el art. 156.1 CC.

- Ejercicio de la patria potestad en los supuestos en que los progenitores no conviven.

Se produce esta situación cuando los progenitores no viven juntos, y no se ha producido una de las situaciones de crisis matrimoniales, como las de separación, divorcio o nulidad, ya que cuando se está regulando esto en el ámbito de la patria potestad, se refiere a supuestos de falta de convivencia entre progenitores.

Por ejemplo, puede producirse estas situaciones cuando, “los cónyuges unidos en matrimonio han dejado de vivir juntos y no se ha tramitado la nulidad, separación o divorcio; porque existiendo unión de hecho ha cesado la convivencia; o porque los progenitores nunca han vivido juntos”.³⁶

Los artículos del Código Civil que se refieren a esta situación, son los artículos 156.5 y 159.

El artículo 156.5 dispone: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”.

El supuesto de hecho se refiere a situaciones en las que el hijo convive con uno cualquiera de los progenitores y no existe oposición por parte del otro progenitor, en estos supuestos, se produce una asignación legal del ejercicio de la patria potestad al progenitor con quien los hijos convivan, sin que se altere la titularidad.³⁷

En relación con este tema y como una de facultades que integran la patria potestad, la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha puesto de manifiesto que existiendo

³⁵ Cfr. Curso de Derecho Civil (IV). Derechos de Familia y Sucesiones. Francisco Javier Sánchez Calero (Coor), Bernardo Moreno Quesada, José Manuel González Porras, Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón, José González García, Ramón Herrera Campos y Luis Moreno Quesada. Edición 8. Pag 313.

³⁶ Cfr. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 390.

³⁷ Ss. TS. 28 febrero 1984 y 8 de octubre 1994.

separación de hecho, corresponde al progenitor con quien el hijo conviva elegir el nombre del hijo.³⁸

Pero se debe tener en cuenta que el Código Civil en ese mismo artículo prevé que el progenitor que no ostente el ejercicio de la patria potestad puede solicitar al Juez que ejerza conjuntamente con el otro progenitor la patria potestad o distribuir entre los progenitores el ejercicio de dichas funciones.³⁹

El otro supuesto, es el que contempla el CC en el art 159, este supuesto es el que se aplica cuando, además de vivir separados los padres, no han decidido de común acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad, y en este caso, será el Juez el que decida, siempre en interés del menor, sobre con quien de los dos progenitores habrá de quedar el hijo.⁴⁰

También haremos referencia a ciertas medidas que puede adoptar el Juez con el objetivo de evitar que se produzca la sustracción de menores, y también, los casos en los que uno de los progenitores se niega a restituirlo cuando la custodia ha sido atribuida al otro progenitor.⁴¹

Esto se encuentra regulado en el artículo 158.3 del Código Civil, que faculta al Juez para dictar las “medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor”.

³⁸ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 390.

³⁹ Vid. Art 156.5 CC: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

⁴⁰ Vid. Art 159 CC: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años”.

⁴¹ Vid. Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre.

Especial referencia hay que hacer en el caso de que el menor de edad tenga un hijo, pues en este caso deberá de ejercer la patria potestad, pero con la asistencia de sus padres, o en su defecto, de un tutor, y en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez.⁴²

- Ejercicio de la patria potestad y las relaciones familiares.

Como ya hemos dicho anteriormente, titularidad y ejercicio de la patria potestad no son conceptos equivalentes, ya que el progenitor que no ostente el ejercicio de la patria potestad, podrá seguir disfrutando de relacionarse con su hijo.

Así lo ilustra el Código Civil en el artículo 160.1 del mismo: “los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161”.

“el precepto contempla el derecho de visita, considerando al respecto el Tribunal Supremo lo siguiente:

- a) La patria potestad y el derecho de relacionarse con los hijos por parte de quien no tiene su custodia se establece en beneficio de los propios menores.⁴³
- b) El artículo se refiere a padres que no ejercen la patria potestad, pero que sí conservan compartida su titularidad, siendo absolutamente inaplicable a las personas que carecen totalmente de patria potestad.⁴⁴
- c) El derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él no es incondicionado en su ejercicio, sino subordinado al interés y beneficio del hijo.⁴⁵
- d) El derecho de visita no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre padres e hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar.⁴⁶
- e) El derecho de visita solo cede en caso de riesgo o peligro para la vida, integridad física o psíquica del menor.⁴⁷

⁴² Vid. Artículo 157 CC.: “El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez”.

⁴³ Vid. STS 22 mayo 1993 y 3 febrero 2016.

⁴⁴ Vid. STS 30 abril 1991.

⁴⁵ Vid. STS 21 julio 1993.

⁴⁶ Vid. STS 9 julio 2002.

⁴⁷ Vid. STS 19 octubre 1992, 21 noviembre 2005.

También es importante resaltar que el derecho de visita está regulado a nivel de la Unión Europea.

Debemos de tener presente, que este derecho no es absoluto, ya que puede ser excluido mediante resolución judicial, y también resaltamos que para los casos de menores en situaciones de desamparo dicho derecho a visitas se ejerce por la entidad pública correspondiente, y por último, en los casos de adopción, en ciertas ocasiones se pueden establecer sistemas para que exista relación entre el adoptado y su familia de origen.⁴⁸

No podemos negar tampoco, la influencia, que en la mayoría de casos es positiva, de que el menor mantenga relaciones activas con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

Para el Tribunal Supremo, las relaciones personales entre abuelos y nietos “son siempre enriquecedora”⁴⁹ y “nada impide que pueda comprender pernoctar en casa o pasar una temporada con los ascendientes”⁵⁰, rigiendo “en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor”⁵¹

Aunque la relación con los allegados es menos intensa que con los familiares, el Código también reconoce que puedan visitar al menor determinados allegados del menor, aunque dicha relación siempre depende de las circunstancias del momento para determinar lo que es allegado o no, ya que es un concepto flexible, así, “la condición de allegado puede perderse cuando ha desaparecido durante un plazo significativo la relación de hecho, y con ella el vínculo afectivo que unía al allegado con el menor”.⁵²

El artículo 160.2 CC dispone: “En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

⁴⁸ Vid. Artículo 160.1 CC.

⁴⁹ Vid. STS 20 septiembre 2002.

⁵⁰ Vid. STS 28 junio 2004.

⁵¹ Vid. STS 20 febrero 2015.

⁵² Cfr. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 393.

2.3. PERSONAS SUJETAS A LA PATRIA POTESTAD.

Tenemos que saber que personas están sometidas a esta potestad, para delimitar con total claridad los derechos y deberes de estas personas.

El artículo 14 de la Constitución⁵³ dispone que todos los hijos son iguales ante la ley, ya que no puede existir discriminación por razón de nacimiento, esto hace referencia a que el Derecho no hace disquisiciones entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, la forma de determinarse la filiación no acarrea para los hijos diferentes derechos o facultades.

El artículo 39.3 de la Constitución⁵⁴ establece que los padres están obligados a prestar asistencia a sus hijos mientras estos sean menores de edad y también en otros casos cuando una ley lo establezca.

Esto significa, que los deberes de los padres para con los hijos, no están delimitados únicamente por la patria potestad, pues estos deberes se extienden más allá, por ejemplo, en relación con los alimentos entre parientes, existen ciertos deberes que son recíprocos entre los distintos familiares, para el caso de necesitarlos, por lo que el parentesco determina ciertas obligaciones a cargo de las personas que están unidos por tales vínculos.

Si bien es cierto que estas obligaciones son más intensas mientras que los hijos son menores de edad.

De estos preceptos citados, se deriva que:

- Están sujetos a la patria potestad de sus padres los hijos no emancipados, ya sean matrimoniales o no matrimoniales o los adoptados. Tenemos que tener en cuenta en este caso el artículo 314 del CC⁵⁵ que establece las formas por las que se puede producir la emancipación, y por tanto la extinción de la patria potestad, no estando

⁵³ Vid. Artículo 14 CE, “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁵⁴ Vid. Artículo 39.2 CE, “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

⁵⁵ Vid. Artículo 314 CC. “La emancipación tiene lugar:

- 1.º Por la mayor edad.
- 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.
- 3.º Por concesión judicial”.

comprendidas en dicho artículo el supuesto del art 319 del CC⁵⁶ que se refiere al mayor de 16 años que vive de forma independiente.

- Los hijos mayores de edad que estén solteros y que vivan en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos y que fueren incapacitados (art. 171 CC).⁵⁷ En este caso, la patria potestad quedará rehabilitada.
- Los hijos que hayan sido incapacitados antes de alcanzar la mayoría de edad seguirán estando bajo la patria potestad de sus padres, ya que dicha patria potestad será prorrogada por ministerio de la Ley (art 171CC).

⁵⁶ Vid. art 319 CC, “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”.

⁵⁷ Vid. art 171 CC, “En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

3. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

El Código regula en capítulos independientes el contenido de la patria potestad: en el orden personal, de la representación de los menores y en el aspecto patrimonial.

No obstante, como ha advertido la doctrina⁵⁸, “resulta enormemente dificultosa o ardua una clara delimitación entre estos dos aspectos que, en la práctica, se superponen. De otra parte, a pesar de su aparente exhaustividad, no hay que olvidar tampoco el mandato genérico contenido en el artículo 39.3 CE que impone a los progenitores prestar a sus hijos “asistencia en todo orden.”⁵⁹

3.1. Deberes y facultades en el orden personal.

Los artículos 154 y 155 del Código Civil determinan el contenido de la patria potestad, otorgando facultades a sus titulares e imponiendo deberes y obligaciones a los progenitores y a los hijos.

3.1.1. De los padres.

El Código Civil en su artículo 154 dispone: “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

En relación con el deber de oír a los hijos menores si tuviesen suficiente madurez y siempre que tengan mas de doce años, debemos de mencionar una sentencia muy reciente del Tribunal Constitucional⁶⁰, que llegó a este Tribunal como consecuencia de una cuestión de inconstitucional, la cuestión se refería al posible menoscabo que para la intimidad del menor

⁵⁸ Vid. así por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R.<Comentario...>, Pag 1054; DÍEZ-PICAZO,L. <Notas...>, Pag 16.

⁵⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Las modificaciones al Código Civil del año 2015. Pag 385.

⁶⁰ STC 64/2019 de 9 de mayo. ECLI:ES:TC:2019:64

puede suponer la publicidad que del acta de las exploraciones sobre los menores cuando se de traslado de estas a las partes.

El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que el artículo 18.4 de la Ley 15/2015 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone: “Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días”.

Por consiguiente, intentar ver en este supuesto un posible menoscabo del derecho fundamental a la intimidad del menor, no es posible, sin que se derive de ello un menoscabo de otro derecho fundamental, el cual sería el del artículo 24 CE, ya que no se estaría garantizando de forma suficiente el derecho a defensa.

El TC entiende que al existir una colisión entre derechos fundamentales, estas discrepancias deben subsanarse recurriendo al juicio de proporcionalidad.

El TC sostiene que “el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello relevantes, para la decisión del expediente”.

Por ello, no puede suponer nunca una lesión para el derecho a la intimidad del menor, además debemos de decir, que “la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser oído y escuchado, entre otros ámbitos, en todos los ámbitos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social”.

En último término, todo este proceso debe estar presidido por el principio del interés superior del menor, por tanto, en beneficio del menor.

“En conclusión, no puede apreciarse un sacrificio desproporcionado del derecho a la intimidad del menor”.

Al llevarse a cabo las exploraciones a puerta cerrada, esta forma de actuar, evita que pueda existir menoscabo del derecho a la intimidad del menor, y la emisión del acta a las partes, y solo a las partes, garantiza de la mejor forma también este derecho, además de hacerlo compatible con el artículo 24 de la CE.

No fijamos en la expresión *velar por los hijos*, “expresión ésta que lleva hasta la máxima eficiencia las funciones de atención al menor”.⁶¹

En cuanto a lo que se debe entender por facultad y deber de tenerlos en su compañía, es el instrumento natural para el cuidado y educación de los hijos; por tanto, “debemos entender que es la obligación de convivencia continuada entre el sometido a la patria potestad y éste en una misma vivienda”.⁶²

⁶¹ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 241.

⁶² Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 242.

Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad, oyendo antes de tomar esta medida a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueren mayores de doce años (artículo 159 CC.). En cambio a los mayores de esa edad, habrá que estar a lo que disponga la ley, según la causa de la separación y a lo dispuesto por el Juez, según el proceso de que se trate.

En cuanto al deber de prestar los alimentos se cumple normalmente como consecuencia de la convivencia, en otro caso, habrá que estar a la pensión alimenticia en la cuantía que fije el Juez.

Este deber de alimentos se entiende de una forma más extensa al establecido en el artículo 143 del CC, “ya que no se trata de una obligación simple de pago de una prestación dineraria, sino de un preocupación moral de los padres por el resultado del desarrollo personal del sujeto a patria potestad”⁶³

Para asegurar el cumplimiento y la efectividad de estos deberes paternos se dispone en el artículo 158 del CC que “el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

- 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.
- 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.
- 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:
 - a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
 - b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
 - c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.
- 4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.
- 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.
- 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

⁶³ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 242.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”.

En este artículo se nos presenta el control judicial en el ejercicio de la patria potestad, como salvaguarda del principio fundamental en esta materia del interés superior del menor.⁶⁴

Ya sabemos que a los poderes públicos se les faculta para vigilar y controlar el funcionamiento adecuado del ejercicio de la patria potestad, y cuando dicho ejercicio resulta inadecuado, enseguida dichos poderes ponen en marcha una serie de medidas con el fin de preservar los derechos de los menores.⁶⁵

Ahora bien, este control debe ser adecuado y resultar proporcionado, ya que entre los poderes de los padres también se encuentra incluido el derecho a excluir de su ámbito privado y familiar cualquier injerencia pública. Por tanto, solo serán admisibles estas injerencias cuando, además de estar previsto en una ley, persigue una finalidad legítima de las que se establece en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁶⁶

“Se hace una enumeración abierta de las medidas, vaga, genérica que nos lleva a admitir que será el Juez el que libremente determine si concurre alguna de estas causas, así como la medida personal o patrimonial que procede adoptar respecto a los padres para lograr la efectiva protección del hijo”.⁶⁷

En cuanto al procedimiento para solicitar tales medidas será el de jurisdicción voluntaria, tal y como queda establecido en la disposición adicional 1ª de la LOPJM.

En el artículo 158.1 del CC se recogen las medidas relativas a asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo en caso de que los padres incumplan sus respectivas obligaciones.⁶⁸

También se garantiza el cumplimiento de la obligación de alimentos que abarca no solamente los alimentos en sí, sino también todas las necesidades materiales del mismo.⁶⁹

Debemos de recordar que la obligación de alimentos pesa sobre ambos progenitores, aunque no ostenten la patria potestad tal y como dispone el artículo 110 del CC.

También en este artículo se hace referencia a aquellas medidas que pretenden evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, dichas perturbaciones se pueden producir como consecuencia de rupturas de pareja, o como consecuencia de dificultades en el régimen de visitas con el progenitor que no convive con el hijo, entre otras.⁷⁰

⁶⁴ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

⁶⁵ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

⁶⁶ Vid. Las modificaciones al Código Civil del año 2015. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Tirant lo Blanch. Pag 418.

⁶⁷ Cfr. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

⁶⁸ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

⁶⁹ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

⁷⁰ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

El apartado tercero del artículo 158 del CC introducido por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre con el propósito de habilitar al Juez para la adopción de cualesquiera medidas tendentes a neutralizar la sustracción de menores, bien por sus progenitores, o bien por terceras personas.⁷¹

Por último, en el apartado 4º de este precepto nos encontramos con una cláusula abierta que permite al Juez adoptar aquellas disposiciones oportunas a fin de evitar que el menor sufra perjuicios o corra peligros, así el artículo 17 de la LOPJM permite al Juez acordar las medidas de protección del menor que estime oportunas cuando el menor se encuentre en una situación de riesgo.

En el último apartado del artículo 158 del CC se establece que estas medidas se pueden adoptar de cualquier proceso civil o penal o mediando un procedimiento de jurisdicción voluntaria, además, se amplían los supuestos en los que el Juez puede adoptarlas, ya que extensible a las relaciones de guarda o tutela. Por último, destacamos la remisión que hace el artículo 216.2 a este precepto, por lo que concluimos que estas medidas se pueden adoptar incluso en el caso de que sea un mayor de edad, siempre y cuando se encuentre con la capacidad modificada judicialmente.⁷²

Es importante resaltar que la patria potestad se ejerce siempre en interés del menor, el Tribunal Supremo entiende que “la regulación de cuantos deberes y facultades que configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales”.⁷³

El Tribunal Supremo también afirma que “la patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de éste, orientando en función de las mismas su educación y con respeto de sus derechos, todo ello en su beneficio”.⁷⁴

En relación con esto también destaca que “ha de estar (la patria potestad) perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se halle”.⁷⁵

Por último, clarifica el concepto de patria potestad disponiendo que “más que un poder, actualmente se configura como función establecida en beneficio de los hijos menores [...] consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio en beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor”.⁷⁶

También destacamos que la Ley 54/2007 de 28 de diciembre por su disposición final primera ha derogado parte del artículo 154 del CC y como resultado de esta modificación, se suprime

⁷¹ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

⁷² Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 292.

⁷³ Cfr. STS. 12 febrero 1992.

⁷⁴ Cfr. STS. 25 junio 1994.

⁷⁵ Cfr. STS. 20 enero 1993.

⁷⁶ Cfr. STS. 31 diciembre 1996.

la facultad que anteriormente tenían los progenitores de corregir de manera razonada y moderadamente a los hijos.

Es relevante señalar a mi juicio un artículo periodístico de Legal Today⁷⁷ en el que a este respecto señalaban que existe una delgada línea entre el maltrato y el poder de corrección que ostentaban los padres hasta hace no mucho.

En dicho artículo vemos como los tribunales absolvieron a una madre por dar una “palmada en el culo” a su hijo, en el año 2004, antes de la supresión del poder de corrección de los padres, al considerar la Audiencia Provincial de Córdoba lo siguiente: *“La recurrente se limitó a agarrarle por los brazos y darle unos golpes en el culo, por lo que debe considerarse, aun cuando esta sala es consciente de que la sociedad ha dejado de ver con buenos ojos los castigos físicos, que tal actuación es conforme con los usos sociales en las relaciones de padres e hijos y reacción adecuada a la conducta desobediente de aquel, no estimándose exceso en el derecho de corrección”*.⁷⁸

Por lo que el Tribunal reconoce que los padres tienen un margen de actuación para con sus hijos, con el fin de corregir ciertos comportamientos de estos, lo que ningún tribunal va a amparar nunca son las agresiones de los padre hacia los hijos, y que estas no tienen por objetivo la corrección del menor, y si la tuvieses no estarían amparadas, por reputarse totalmente desproporcionadas.

Otro caso al que hace referencia dicho artículo periodístico, en el que los tribunales fueron mucho más inflexibles con este tema, fue ya en 2016, y por tanto, operada la modificación de artículo 154 del Cc que no ampara ya el poder de corrección de los padres, el Juzgado de lo Penal nº4 de Málaga prohibió a una madre acercarse a su hijo durante un año a menos de trescientos metros y comunicar con él, por propiciar a su hijo un pellizco en público a su hija de 12 años.

Hoy en día, aunque ya no existe el poder de los padres de corrección hacia sus hijos, la solución no es pacífica, mucho tribunales se niegan a castigar a los padres por realizar este tipo de conductas cuando se consideran insignificantes, inocuas para los hijos, o que persiguen una finalidad legítima.

Lo que nunca van a amparar los tribunales son los castigos que consistan en aplicar violencia sobre los hijos, puesto que la violencia no constituye ningún fin corrector, y se reputa desproporcionada al objeto de la corrección de los hijos.

En buena medida, la supresión del poder de corrección moderado y razonable del artículo 154 del CC, se debe a la necesidad de adecuación por España a la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y concretamente, a su artículo 19 que dispone: *“Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.”*

⁷⁷ Vid. La delgada línea entre la facultad de corrección a los hijos y el maltrato infantil. Por Carolina Navarro González. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/la-delgada-linea-entre-la-facultad-de-correccion-a-los-hijos-y-el-maltrato-infantil#>.

⁷⁸ Cfr. Audiencia Provincial de Córdoba. Sentencia 9 de marzo 2004.

Para un amplio sector de la doctrina la adecuación a dicha Convención ya estaba operada, y no era necesario modificar dicho artículo del Código Civil, ya que establecía que la corrección debía de realizarse de forma moderada y razonable.

3.1.2. De los hijos.

Los hijos también tienen obligaciones para con sus padres como consecuencia de la relación de patria potestad.

El artículo 155 del CC establece lo siguiente: “Los hijos deben:

1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.

2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.

Debemos de decir que “el deber de obediencia se enmarca exclusivamente en el ámbito de la patria potestad, mientras que el deber de respeto responde al vínculo de filiación, con independencia de la subsistencia de la patria potestad.”⁷⁹

Es importante resaltar a este respecto, la necesidad de las órdenes dictadas por los padres deben de ser lícitas, pues de otro modo, no existiría el deber de obediencia hacia el titular de la patria potestad.⁸⁰

Este deber para el caso de su no cumplimiento, es incoercible, y no es objeto de sanción, solo de una manera indirecta, se podría producir una sanción, a través, por ejemplo de las figuras de la indignidad para suceder o la desheredación o infracción penal⁸¹, aunque tenemos que tener presente que los padres pueden recabar siempre el auxilio judicial, tal y como dispone el artículo 154 (último párrafo) del CC.

En cuanto al deber de las cargas familiares que corre a cargo de los hijos, Serrano Alonso entiende que se trata de un deber de contenido económico que se impone a los hijos, y dice que para la generalidad de la doctrina es una especie de compensación a la desaparición del usufructo legal que los padres tenían sobre los bienes de los hijos menores de edad.⁸²

⁷⁹ Cfr. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 386.

⁸⁰ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 386.

⁸¹ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 249.

⁸² Curso de Derecho Civil (IV). Derechos de Familia y Sucesiones. Francisco Javier Sánchez Calero (Coor), Bernardo Moreno Quesada, José Manuel González Porras, Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón, José González García, Ramón Herrera Campos y Luis Moreno Quesada. Edición 8. Pag 313.

Esta obligación de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia solo se extingue cuando el hijo vive de forma independiente de la familia, pero no por el solo hecho de llegar a la mayoría de edad, si en este último caso, sigue viviendo con sus padres.⁸³

3.2. La representación legal de los hijos.

Los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, tal y como dispone el artículo 162 del CC.⁸⁴

Debemos de decir, que tal representación es consecuencia de la limitación de la capacidad de obrar que tienen los menores, un ejemplo de ello, es lo dispuesto en el artículo 1263 del CC, que establece que “los menores no emancipados no puede prestar consentimiento, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

Por lo tanto, los padres en estos casos, si ostentan la patria potestad, serán los encargados de representar a sus hijos.

Los padres tienen la representación de su hijo incluso en el caso de que éste no haya nacido, ya que dispone el art 627 del CC: “Las donaciones hechas a los concebidos **y no** nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento”.

El ámbito de la representación es muy amplio, pues comprende los actos judiciales y los extrajudiciales que corresponden al menor, pero que éste por sí mismo no puede realizar; sin embargo, existen ciertos ámbitos que están excluidos de esta representación que están recogidos en el artículo 162:

- Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

⁸³ Curso de Derecho Civil (IV). Derechos de Familia y Sucesiones. Francisco Javier Sánchez Calero (Coor), Bernardo Moreno Quesada, José Manuel González Porras, Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón, José González García, Ramón Herrera Campos y Luis Moreno Quesada. Edición 8. Pag 313.

⁸⁴ Cfr. Art 162 CC: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

Se hace referencia a los derechos de la personalidad, pero Díez Picazo entiende sin embargo, que cuando un progenitor adopta decisiones concernientes a derechos de la personalidad del hijo, no lo hace en representación del hijo, sino en cumplimiento del deber de velar por el hijo, que forma parte del contenido de la patria potestad, por ello, se añade que “los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

En estos casos tenemos que distinguir dos situaciones, por un lado, cuando el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, en este caso es al hijo al que le corresponde ejercitar por sí mismo los derechos de la personalidad, y por otro lado, cuando carezca de esta madurez, serán los padres los responsables en virtud de la representación legal que el Código les atribuye.⁸⁵

Este último caso, será el que se produzca cuando sea necesario el internamiento del menor en un centro psiquiátrico cuando el hijo no este en condiciones de decidirlo por sí mismo, la Ley⁸⁶ admite el consentimiento informado prestado por los padres del menor.

También es necesario en estos casos, que la intervención de los padres sea sometida al Juez o al Ministerio Fiscal, al ser actos que influyen directamente en la persona del menor.

➤ Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

En los casos en que exista conflicto entre los intereses de los progenitores y los del hijo, la jurisprudencia entiende que “la representación de los padres en relación a sus hijos sometidos a patria potestad queda excluida cuando, en relación a uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de un defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses”.⁸⁷

Para este supuesto particular, nos centramos en lo dispuesto en el artículo 163 del CC, que dispone lo siguiente: “Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.”

“se ha dicho con frecuencia que el conflicto de intereses es difícil de definir en teoría y fácil de ver en la práctica. La confrontación de intereses que genera el conflicto se produce cuando los derechos o intereses de uno (titular o titulares de la patria potestad) y los del otro (hijo) son contrarios y chocan en un asunto determinado. Un ejemplo frecuente se produce cuando muere el padre habiendo instituido heredero al cónyuge viuda y legatario al hijo que por legítima corresponda. En tal caso, la madre, como cónyuge viudo, es heredera testamentaria

⁸⁵ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 394.

⁸⁶ Vid. art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

⁸⁷ Vid. STS. 9 julio 2004.

y debe de satisfacer la legítima al hijo, siendo al mismo tiempo única titular de la patria potestad sobre el mismo, en cuya representación legal deberá recibir y aceptar la legítima.”⁸⁸

En una sentencia que fue admitida a trámite por el TS en casación⁸⁹, vemos como la AP de Pontevedra se opone a la impugnación de la filiación determinada por reconocimiento, ya que previamente la madre había consentido el reconocimiento de la paternidad, de quién en realidad no era el padre biológico, pero que se ha venido comportando como tal durante todo este tiempo sobre la hija; vemos, como la madre fruto de tensiones posteriores decide impugnar la filiación de éste, y la madre ejercita en nombre de su hija tal acción, pero lo hace con un interés partidista, ya que la hija mantiene vínculos afectivos con esta persona.

Así, el tribunal se posiciona del siguiente modo: «el bien de la hija está precisamente en el mantenimiento de la paternidad que se impugna, tal y como ha quedado sentado, atendiendo la actora a intereses puramente particulares y ajenos a aquel prioritario designio legal y jurisprudencial, resultando inadmisibile que quien ha dado su consentimiento libre y solemne al reconocimiento de complacencia del padre no biológico pueda retractarse y eludir las consecuencias del reconocimiento, cuando le convenga y aunque le perjudique a la hija».

Por lo tanto, no admite la impugnación de la filiación que reclama la madre, por reputarse del todo partidista, y al no velar por el interés superior del menor en este caso.

La madre recurre en casación, y el TS da la razón a la AP de Pontevedra y además sostiene que es importante la preservación de la paz familiar, siempre que esta preservación sea en interés del hijo, y en este caso es en interés del menor, porque existe una situación consolidada de familia, ya que la menor con su padre biológico no ha mantenido ninguna relación, ya que se observa en esta sentencia, que nunca se han visto.

Finalmente, el Tribunal Supremo sostiene: “A) que el bien de la menor está completamente realizado con la actual situación, de tal modo que, de alterarse la misma, con la doble solicitud de la madre de la menor, de reclamación de paternidad biológica y de impugnación de reconocimiento se abocaría a la hija a una nueva y muy perjudicial situación con la pérdida del núcleo familiar actual, plenamente satisfactorio para ella. B) Que consiguientemente, la madre, bajo el pretexto de buscar la verdad biológica de la niña, no actúa por los intereses -preferentes- de esta sino por motivos personales y distintos, del bienestar de la menor, que se halla -insistimos- colmado desde su nacimiento. En definitiva, la madre no procede realmente "en defensa de los intereses de su hija", como afirma en la demanda”.

En este caso sería de aplicación el nombramiento de un defensor judicial para que defienda los intereses de la menor, ya que se observa que existe un conflicto de intereses entre la madre y su hija.

- Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Por ejemplo, los bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria, como dispone el artículo 164.3 del CC.

⁸⁸ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 252.

⁸⁹ Vid. ROJ: STS 2995/2016.

Hay que tener en cuenta también, que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de que el Juez pueda establecer medidas cautelares en protección del menor tal y como dispone el artículo 162 del CC.

3.3. Contenido patrimonial de la patria potestad.

3.3.1. Titularidad dominical de los hijos.

En primer lugar, debemos de diferenciar distintos aspectos en este régimen jurídico, así no es lo mismo la aptitud para ser titular de bienes, pues cuando el menor tenga capacidad jurídica suficiente va a ser el titular dominical de sus bienes, que la aptitud para la administración de los bienes del menor, que como regla general corresponde a los padres; también hay que tener en cuenta que existe un régimen especial para los frutos y para los actos de disposición y de administración.

3.3.2. Administración de los bienes de los hijos y sus excepciones.

El artículo 164 del Código Civil dispone: “Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptúan de la administración paterna:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.
2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.
3. Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella”.

De todo esto, se extrae que como regla general, la administración de los bienes de los hijos corresponde a los padres, pero existen ciertos actos que se exceptúan de tal administración por parte de ellos.

Así, en el primer caso, cuando se trate de bienes adquiridos por el menor a título gratuito, habrá que estar en primer lugar a lo que hubiese manifestado el disponente en cuanto a la administración de esos bienes de los que dispone; pero es importante señalar que lo que el disponente establezca no puede ser solo un mandato negativo referido a la no administración

de sus padres, sino que es necesario que designe a la persona a la que se le encomienda la administración de tales bienes.⁹⁰

En el segundo caso, referido a los bienes adquiridos por sucesión, cuando los padres hubieren sido desheredados o existiere una causa de indignidad sucesoria, la administración corresponderá a la persona designada por el causante, o por el otro progenitor si tales causas no le afectase o mediante administrador judicial especialmente nombrado.

El tercer supuesto, se refiere a los bienes que el menor de dieciséis años hubiere obtenido por medio de su trabajo o industria.

En este caso, se diferencia por un lado los actos de administración ordinaria, que podrán ser realizador por el propio hijo, y por otro lado, los actos de administración extraordinaria, que requerirán el consentimiento de los padres.

Este supuesto se refiere a los casos en los que los hijos viven en compañía de sus padres y obtienen rendimiento económico por el desempeño de su trabajo o industria, así, se excluyen los casos en los que el menor de dieciséis años estuviera emancipado o si viviera de forma independiente con el consentimiento de sus padres, ya que el artículo 319 del CC le considera como emancipado.

Pues bien, “ya se trate de bienes adquiridos con su industria o como resultado de un contrato sometido o no a la legislación laboral, el artículo 164.3 del CC los excluye de la administración paterna y faculta al hijo para llevar a cabo actos de administración. Y si se trata de actos que excedieran de la administración ordinaria se exige el consentimiento de los padres”.⁹¹

En relación con dichos actos el Tribunal Supremo ha declarado: “la distinción entre actos de disposición -los que tienden a enajenar la cosa o a construir sobre ella gravámenes- y actos de administración -los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa-, que dogmáticamente aparece tan diáfana, sin embargo, en la realidad práctica, ya no lo es tanto, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional, que son aquellos que por su trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosa impiden o dificultan su realización, y exigen, para ser llevados a cabo válidamente, no sólo la capacidad y demás requisitos suficientes para los de administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para los actos de disposición”.⁹²

⁹⁰ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 253.

⁹¹ Cfr. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 398.

⁹² Cfr. STS. 17 de octubre de 1978.

3.3.3. Régimen de los frutos de los hijos sometidos a la patria potestad.

En cuanto al régimen de los frutos de los hijos sometidos a la patria potestad, debemos mencionar el artículo 165 del Código Civil, el cual dispone: “Pertenece siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiriera con su trabajo o industria.

No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno sólo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones.

Con este fin se entregarán a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que ellos no administren. Se exceptúan los frutos de los bienes a que se refieren los números 1 y 2 del artículo anterior y los de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera, pero si los padres carecieren de medios podrán pedir al Juez que se les entregue la parte que en equidad proceda”.

En principio, se parte de la regla general por la que los frutos pertenecen al hijo, pero si éste viviera con ambos progenitores o con uno solo de ellos, se permite a los progenitores destinar al levantamiento de las cargas familiares la parte de los frutos que corresponda.

Por ello, para los bienes que los padres no administran, como son aquellos que percibe el hijo mayor de dieciséis años fruto de su trabajo o industria, este artículo dispone que se entregarán a los padres en la medida adecuada los frutos de dichos bienes, para hacer así efectiva la facultad de ayudar al levantamiento de las cargas familiares.

Esto no se aplica, cuando se trate de frutos que deriven de bienes que pertenecen a los hijos, cuya administración por los padres esté excluida por razón de disposiciones a título gratuito o cuando sean bienes adquiridos por el hijo por sucesión y los padres hubieran sido desheredados o estén afectados de una causa de indignidad sucesoria, también se excluye cuando sean frutos de bienes que son donados o dejados a los hijos para su educación o carrera, pero en todo caso, si los padres no dispusieran de medios suficientes, se les habilita para pedir al Juez que se les entregue la parte de los mismos que en equidad proceda.⁹³

3.3.4. Actos de disposición y gravamen sobre los bienes de los hijos.

El artículo 166 del Código Civil dispone: “Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

⁹³ Vid. art. 87.1.c LJV.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros”.

De este artículo se extrae que existen limitaciones al poder de disposición que ostentan los titulares de la patria potestad.

Así, para dichos actos de disposición resulta necesaria la autorización de un Juez.

Por tanto, para que los padres puedan disponer de estos derechos cuya titularidad corresponde a los hijos, es necesario que exista una causa de necesidad o de utilidad que la justifique, además de la intervención del Fiscal, ya que su actuación consiste en preservar siempre el interés de los menores y la autorización judicial.

Con todo esto, se trata de que el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, pueda seguir teniendo el mismo rendimiento económico que tenía cuando era menor de edad.

Por otra parte, la manera de interpretar este precepto debe ser de manera restrictiva y sin posibilidad de aplicación analógica, ya que se trata de una norma prohibitiva.⁹⁴

La doctrina no se pone de acuerdo, en cuanto a la consecuencia de no haberse obtenido la autorización judicial para realizar el acto dispositivo.⁹⁵

Una veces, el criterio a seguir ha sido la anulabilidad⁹⁶, en otros casos, se ha estimado que constituye un acto incompleto, que puede ser objeto posteriormente de ratificación, por lo que mantiene una eficacia provisional, pero llegan a nulidad, si la ratificación posterior no se produce⁹⁷.

Son tres las excepciones a las limitaciones de la facultad de disposición por parte de los padres:

1. El derecho de suscripción preferente de acciones, que “aunque no es propiamente un acto de disposición de valores mobiliarios, si es un acto de disposición la del propio derecho de suscripción preferente”⁹⁸, para el que el menor no necesitaría de autorización judicial.
2. La disposición sobre valores mobiliarios, siempre que el importe obtenido se invierta en valores o bienes seguros.
3. Cuando el menor, pero mayor de dieciséis años, autoriza el acto dispositivo en documento público.

Otra medida en favor de los bienes de los hijos menores no emancipados en la que establece el artículo 167 del Código Civil: “Cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la

⁹⁴ Vid. STS. 28 noviembre 1989.

⁹⁵ Vid. Llamas Pombo. El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, Madrid, 1993.

⁹⁶ Vid. STS. 9 mayo 1994.

⁹⁷ Vid. STS 22 abril 2010.

⁹⁸ Cfr. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 255.

seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador”.

En este precepto observamos, como en otros de este mismo título, que el legislador ha procedido a sustituir el término “padres”, por el de “progenitores”, con el fin de emplear una terminología más neutra y omnicomprensiva de la realidad social actual.⁹⁹

“El supuesto que habilita la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad es muy similar al previsto en el artículo 158.6; precepto que, como se ha visto, posibilita también esa misma injerencia a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”¹⁰⁰, en este caso en referencia al aspecto patrimonial.

En estos casos de administración viciosa por parte de los titulares de la patria potestad, el Ordenamiento Jurídico reacciona privándoles del ejercicio de dicha administración, o adoptando medidas para la seguridad y recaudo de los bienes o exigiendo la constitución de una caución o fianza para el caso de que dichos titulares continúen con la administración de tales bienes.

Cuando se decide que se les prive a los titulares de la patria potestad de estas facultades de administración, éstos continúan en el ejercicio del resto de las funciones de la patria potestad.¹⁰¹

Destacamos que en estos casos, el Juez no actúa de oficio, sino solo a instancia del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, y estas podrán ser solicitadas en el transcurso de cualquier proceso civil o penal, o bien de jurisdicción voluntaria.¹⁰²

“El caso que contempla el artículo 167 CC que estamos comentando puede adquirir especial trascendencia y darse con frecuencia en el transcurso de cualquier proceso de familia en el que se ventilen intereses de los hijos sujetos a la potestad de sus progenitores, en que, por cuestiones ajenas al interés del propio menor y que tengan que ver con la dramatización del problema de familia, podrían darse situaciones de disposición económica que perjudiquen el interés del propio menor, en aras de obtener un mejor resultado pecuniario para uno de sus dos progenitores”.¹⁰³

Con todo, de lo que se trata es de que el patrimonio del menor, no se vea diezmado por las actuaciones negligentes de sus progenitores, muchas veces actuando solo con intereses partidistas y eludiendo sus deberes parentales.

Por último, el artículo 168 del Código Civil dispone: “Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre

⁹⁹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Las modificaciones al Código Civil del año 2015. Pag 491.

¹⁰⁰ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. Las modificaciones al Código Civil del año 2015. Pag 491.

¹⁰¹ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 256.

¹⁰² Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 257.

¹⁰³ Cfr. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 257.

sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años.

En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos”.

“Esta responsabilidad frente al incorrecto ejercicio de las funciones de patria potestad es una responsabilidad de carácter solidario, por ser conjunta la patria potestad, siempre que tales funciones se hubieren ejercido por ambos progenitores, pues de no ser así sería único responsable el que hubiese ejercido tal responsabilidad de manera unilateral”.¹⁰⁴

Debemos de tener en cuenta, que existe un plazo de prescripción de 3 años, para exigir la acción de cumplimiento, y esta acción, se puede llevar a cabo tanto por el propio hijo como por el administrados al que se menciona expresamente en el artículo 167 del CC.

En cuanto a la rendición de cuentas de los frutos del hijo para el levantamiento de cargas familiares, será inaplicable este artículo, puesto que los padres están exentos de esa rendición tal y como dispone el artículo 165 del CC.

¹⁰⁴ Cfr. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 258.

4. PRIVACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Debemos distinguir las causas de extinción de las de privación de la patria potestad.

4.1. Extinción de la patria potestad.

El artículo 169 del Código Civil establece las causas de extinción de la patria potestad y dispone: “La patria potestad se acaba: 1.º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2.º Por la emancipación. 3.º Por la adopción del hijo”.

La extinción de la patria potestad puede ser absoluta en el caso de muerte o declaración de fallecimiento de los dos progenitores o del hijo, también, cuando el hijo alcance la mayoría de edad o se emancipe.; será relativa cuando solo fallezca uno de los progenitores, pues el otro seguirá siendo el titular de la patria potestad y también será relativa en el caso de la adopción, puesto que aquí lo que sucede es que se produce un cambio de la titularidad de la misma, que pasa a ostentar el progenitor adoptante.

En los casos en que los dos progenitores fallecen o son declarados incapaces para ser titulares de la patria potestad, la patria potestad se extingue , y procede la constitución de tutela.¹⁰⁵

Debemos de tener en cuenta, que aunque este artículo dispone que la patria potestad se extingue por la emancipación, en el caso de que el menor hubiera sido incapacitado, la patria potestad se prorrogará, y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres que fuera incapacitado, la patria potestad será rehabilitada, tal y como dispone el artículo 171.1 del CC.¹⁰⁶

En el caso de la adopción, tenemos que referirnos al artículo 178.1 del CC, el cual dispone: “la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”; aquí reside el fundamento de la extinción de la patria potestad que hasta entonces ostentaba la familia de origen, sin perjuicio de las comunicaciones o visitas que se puedan establecerse en interés del menor si tuviera suficiente madurez y siempre que sea mayor de doce años.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 260.

¹⁰⁶ Cfr. Art 171.1 CC: “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título”.

¹⁰⁷ Vid. art 178.4 CC: “Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos”.

4.2. Privación de la patria potestad.

La privación de la patria potestad se regula en el artículo 170 del Código Civil, el cual dispone: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

Es importante tener en cuenta el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico mediando la ratificación correspondiente.

Dicho precepto dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Por lo tanto, la privación de la patria potestad debe estar presidida por este principio tan importante, el cual es, el del interés superior del menor.

Lo esencial no es castigar a los padres por haber incumplido sus deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, sino que lo fundamental es adoptar la medida siempre teniendo presente el interés del menor.

También encontramos recogido este principio del interés superior del menor en el artículo dos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha sufrido una modificación en 2015.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Vid. art 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

En este artículo contiene un mandato que debe informar la actuación de los tribunales cuando este en juego la adopción de cualquier medida relacionada con un menor, por lo tanto, consagra el principio esencial en esta materia, el cual es, el principio favor filii¹⁰⁹.

El TS establece criterios en orden a esclarecer en que casos procede la privación de la patria potestad, y afirma que “con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes, sino que de lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses”.¹¹⁰

También establece el TS que “el artículo 170 CC, en cuanto contenedor de una norma sancionadora debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.”¹¹¹

En cuando a la manera de interpretar el incumplimiento de los deberes por parte de los progenitores, el TS afirma que “su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva.”¹¹²

“El Alto Tribunal ha considerado que el artículo 170 CC no establece dos cauces procesales diferenciados o alternativos (proceso civil o penal) para la privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, sino que para privar de la patria potestad la alternatividad se establece precisamente entre, de una parte, una sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella y, de otra parte, por una sentencia dictada en causa criminal, es decir, que o bien se priva de la patria potestad por sentencia fundada en tal incumplimiento, o bien se priva de ella en un proceso penal.”¹¹³

Se puede privar de la patria potestad por sentencia dictada en un proceso declarativo ordinario, debido a incumplimientos inherentes al ejercicio de la patria potestad, en estos casos, los jueces tienen un amplio margen de apreciación, pero siempre están regidos por el principio del interés superior del menor¹¹⁴, en estos casos se pueden adoptar las medidas del artículo 158 del CC, que tienen como fin proteger el dicho principio.

También se puede privar de la patria potestad, como hemos dicho, en un proceso penal, siempre que exista un comportamiento grave que justifique la adopción de esta medida.¹¹⁵

¹⁰⁹ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 262.

¹¹⁰ Cfr. STS. 24 abril 2000.

¹¹¹ Cfr. STS. 6 julio 1996.

¹¹² Cfr. STS. 10 noviembre 2005.

¹¹³ Cfr. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 261.

¹¹⁴ Vid. Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz(Coor), Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez. Edición 5. Pag 401.

¹¹⁵ Vid. Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad. Antonio Acevedo Bermejo. Editorial Tecnos. 2013. Madrid. Pag 263.

Por último, también cabe la privación de la patria potestad en procesos de nulidad, separación y divorcio, también se incluyen los casos en los que no existe matrimonio, por ser relaciones análogas estas.

Debemos de decir que la separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, según dispone el artículo 92.1 del CC. Por lo tanto, las situaciones de crisis matrimoniales no pueden ser una excusa para desentenderse del cuidado de los hijos, ya que subsisten las obligaciones de alimentos y todas las demás que legalmente se establecen.

En el artículo 92.3 del CC se establece: “en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”.

También, haremos referencia al apartado 4 del mismo precepto que establece: “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.

Aquí el Código se refiere al ejercicio de la patria potestad, y es posible que en el convenio regulador se establezca que solo uno de los progenitores ejerza la patria potestad, también se puede establecer un reparto de funciones entre los progenitores en relación con los hijos, sin embargo, en este caso los cónyuges solo pueden acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta del convenio regulador, ya que se trata de hijos menores no emancipados.

En cuanto a la recuperación de la patria potestad, debe acordarse en el fallo de la sentencia, dictada en un proceso declarativo; la adopción de esta decisión habrá de tomarse con intervención del Ministerio Fiscal, y siempre que se acredite dos hechos: a) cesación de la causa que dio lugar a la privación. b) que el restablecimiento de la patria potestad se constituya en beneficio y en interés del hijo.

4.3. Jurisprudencia en relación a la privación de la patria potestad.

- Sala de lo Civil. STS 171/18, de 23/03/2018, ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. Recurso de Casación contra sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santander. (ROJ. STS 965/2018).

Esta sentencia versa sobre privación patria potestad por falta de comunicación con el hijo e impago de la pensión de alimentos.

En el supuesto enjuiciado la sentencia recurrida fundamenta la privación de la patria potestad y, por ende, del régimen de visitas entre padre e hijo, en dos hechos:

- 1) en la falta de comunicación alguna entre el hijo menor y su padre en los últimos ocho años.
 - 2) en que el padre no ha abonado puntualmente y voluntariamente los pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, habiendo sido condenado penalmente por esa razón como autor de un delito de abandono de familia.
1. En relación con la falta de comunicación entre padre e hijo, no motiva porque obedece a un grave incumplimiento de sus obligaciones por parte del padre, con desatención personal hacia el hijo, teniendo en cuenta que venía obligada a hacerlo la sentencia recurrida, pues en ella se revisa la de primera instancia y ésta motiva con detalle que no ha quedado acreditado el verdadero motivo por el cual durante éstos últimos años padre e hijo no se han visto.

Se aprecia que la parte actora, al formular el recurso de apelación, insiste en la referida desatención personal del padre hacia el hijo, pero sin plantear ni razonar el error en la valoración de la prueba de la sentencia de la primera instancia sobre tal extremo, por lo que, la sentencia recurrida venía obligada a tener como probado lo sentado por aquella o, en su caso, motivar porque imputa la falta de comunicación entre hijo y padre solo y exclusivamente a la conducta de éste.

2. El otro hecho *ratio decidendi* de la sentencia de apelación, consiste en la falta de abono puntual por el padre de sus obligaciones alimenticias.

Destaca que el padre fue condenado por delito de abandono de familia por tal motivo, pero obvia que, a partir de la sentencia sobre modificación de medidas, en la que se redujo la pensión, el demandado comenzó a efectuar pagos de forma regular y conforme a lo establecido en la última sentencia.

Conocer por qué éstas circunstancias no se valoran, a efectos de considerar grave el incumplimiento de su obligación, supone una relevante falta de motivación, sobre todo si se atiende a la sentencia de la sala 621/2015, de 9 de noviembre, citada precisamente por la actora en su recurso de apelación, que establece las circunstancias que justifican una sanción tan grave como es la pérdida de la patria potestad y la

necesidad de valorar la singularidad de cada supuesto, lo que supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada.

Finalmente cabe destacar que, en aras al interés del menor, era necesario que la sentencia recurrida valorara lo que a tal fin contiene el informe del equipo psicosocial y, sin embargo, lo obvia completamente.

Por todo ello procede estimar el recurso extraordinario de infracción procesal por falta de motivación, con anulación de la sentencia recurrida y reponiendo las actuaciones a la fase de dictado de la sentencia, a fin de que el tribunal de apelación, con libertad de criterio, motive su decisión, teniendo en cuenta los razonamientos de la sala antes expuestos.

- Sala de lo Civil. STS 14/17 , de 13/01/2017, (Recurso 1148/16), ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Recurso de Casación contra sentencia de 12/02/2016 dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra. (ROJ: STS 13/2017).

El presente recurso trae causa de la demanda de modificación de medidas promovida por la madre (Dª Flora) frente al padre (D. Evaristo), ingresado en centro penitenciario en el que cumple condena como autor responsable por un delito continuado de abuso sexual en la persona de la hija menor de la actora, de 11 años de edad, en la que se solicita, entre otras pretensiones, la privación de la patria potestad del demandado respecto del hijo menor, y la suspensión del régimen de visitas.

Por el Juez (del Juzgado de Primera instancia nº 5 de Pontevedra) se estimó la pretensión de privación de la patria potestad, por considerar que el delito por el que ha sido condenado revela « con especial intensidad la infracción por parte del demandado de los más mínimos deberes de cuidado y asistencia moral y material », por cuanto « no es difícil de comprender que quien abusa sexualmente de la hermana de su hijo no se encuentra en condiciones ni de velar por éste ni de proporcionarle una formación aceptable desde, prácticamente, ningún punto de vista » .

Además, la sentencia considera que debe añadirse la circunstancia de la escasa vinculación del menor con su padre en los últimos años, que llevan a pensar que el menor se encuentra en situación de riesgo de mantener la patria potestad, y que el mantenimiento de una posible relación personal del menor con su padre « podría provocar una situación de conflicto de lealtades en el menor de consecuencias imprevisibles ».

Interpuesto recurso de apelación por el padre demandado, respecto del que se formula oposición por la madre actora y por el fiscal, la Sala de apelación estima en parte el recurso, en el sentido de acordar la privación temporal de la patria potestad « hasta que se declare extinguida en su integridad la pena privativa de libertad ». Considera la Sala de apelación que los actos apreciados para la privación de la patria potestad « no se trata de actos que directamente hayan afectado al propio hijo » y que no se ha acreditado que la privación de la patria potestad sin límite temporal reporte algún beneficio al menor, por lo que no existiría razón suficiente para privar de la patria potestad más allá del tiempo de cumplimiento de la condena, con cita de la STS de 20 de enero de 1993 .

Interpuesto recurso de casación , la Sala 1ª del T.S. estima el recurso de casación interpuesto por Dª Flora contra la sentencia de 12/02/2016 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra. Casa la sentencia recurrida dictando otra en su lugar por la que se confirma íntegramente la sentencia de 29 de abril de 2015 del juzgado de primera instancia núm. 5.

Motivación.

El recurso fundamentalmente se centra en la necesidad de casar la sentencia, pues la parte recurrente no está de acuerdo con que la privación de la patria potestad sea meramente temporal, al limitarla la Audiencia Provincial hasta la extinción íntegra de la pena, alegando la recurrente que se infringe la doctrina jurisprudencial.

Esta Sala en sentencia 621/2015, de 9 de noviembre, declaró:

1. El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se

ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido.

2. Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014 , Rc. 718/2012 , que " la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996 ; 10 noviembre 2005)".

3. A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero 2012 , Rc. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/2000, de 24 mayo). Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación ... en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor..."

Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor. Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo).

En la misma línea la sentencia 711/2016, de 25 de noviembre, en supuesto de homicidio en grado de tentativa de la esposa, que provocó la privación de la patria potestad de la hija.

De la referida doctrina jurisprudencial se deduce que en la sentencia recurrida no se han seguido las pautas jurisprudencialmente establecidas, pues constando la condena por abusos sexuales de la hija habida por su pareja en anterior relación, no se necesita un especial esfuerzo de razonamiento para concluir que Alfonso, hijo del Sr. Evaristo y hermano de vínculo sencillo de Eugenia, está sometido a un grave riesgo, ante la falta trascendental de incumplimiento de sus obligaciones de respeto y cuidado para con la menor hija de Dña. Flora.

Quien ha incurrido en una grave agresión sexual a la hija de su pareja pone en un riesgo y peligro cierto a su propio hijo, con el que convivió escaso tiempo en régimen familiar con Dña. Flora y Eugenia.

Se ha acreditado que el Sr. Evaristo no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 del C. Civil).

Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino como se refiere en las sentencias citadas, también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana.

Cabe añadir finalmente, que la sentencia citada por la sala de apelación como fundamento a su decisión de privación temporal de la patria potestad durante el tiempo de cumplimiento de condena (sentencia de 20 de enero de 1993, recurso núm. 2395/1990) no acogió esta solución, sino que mantuvo la privación de la patria potestad acordada en primera y segunda instancia en relación con la demanda de privación de patria potestad promovida por el abuelo materno de los hijos menores frente a su progenitor, en prisión provisional sujeto a causa penal por delito de homicidio en la persona de su esposa.

- Sala de lo Civil. STS 315/2014, de 6 de junio de 2014, ponente Ilmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.(ROJ: STS 2131/2014)

Recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Comunidad Foral de Navarra contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2011 dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, que revocó la sentencia de 26 de noviembre de 2010 dictada por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Pamplona.

La Comunidad Foral de Navarra formuló demanda frente a los padres del menor para que se declarase la privación de la patria potestad, al amparo del artículo 170 del C. Civil. (El menor había sido declarado en situación de desamparo , encontrándose en estos momentos en situación de acogimiento preadoptivo, dada la incapacidad de los padres para atender adecuadamente al menor).

Por la Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia n 8 de Pamplona se dictó que estimó la demanda sentencia de 26 de noviembre de 2010 formulada, declarando que ambos padres se encontraban, al tiempo del acogimiento administrativo, incurso en causa de privación de patria potestad sobre su hijo Teodulfo y en consecuencia acuerda la privación de la patria potestad sobre el menor.

Recoge como fundamento la concurrencia de causa grave, no puntual o esporádica, sino reiterada, exponente de un "*repetido incumplimiento y pasividad en el ejercicio de la función tutiva y protectora que tenían atribuida*", ya que mientras el niño estuvo bajo la guarda de sus padres biológicos existió una situación de riesgo resultante de "*un grave y reiterado incumplimiento de los deberes que comprenden la misma*" que tuvieron como resultado "*el padecimiento de lesiones relevantes, así como un abandono emocional que evidencias una desatención y, cuanto menos, descuido y trato negligente en su cuidado tanto material como moral*". El niño refleja un "*severo retraso del proceso madurativo... equivalente a un bebe de dos meses que no se justifican por su prematuridad*". También sufre "*una serie de lesiones relevantes y poco frecuentes*" sin que las mismas tengan "*explicación en causa patológica*".

Interpuesto recurso de apelación por la representación de los padres del menor , don Julián y doña Eugenia , la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia con

fecha 2 de diciembre de 2011 , estimando el recurso de apelación interpuesto y revocando la sentencia de instancia , dejando sin efecto la declaración de privación de la patria potestad respecto de los demandados .

Como fundamento dice que la sentencia recurrida " *opta por la que se viene a denominar **visión estática** , a los efectos de examinar la concurrencia de causa de privación de la patria potestad "*, frente a la **concepción dinámica** , que la Sala considera más ajustada .

Dice que "*la patria potestad y su posible privación ha de verse no sólo referida a un momento concreto, sino al momento en que se está examinando si procede o no dicha declaración, por encontrarse los progenitores incurso en causa de privación de la patria potestad, y ello por cuanto que...la patria potestad y la posible privación o no de la misma, ha de verse desde la perspectiva de que sea la medida que mejor favorece y protege al menor, y no tanto como un castigo que se impone a los progenitores que han incumplido, después veremos en qué grado , los deberes propios de la patria potestad*".

Justifica, además, esta "*visión dinámica*", en que "*como señala el párrafo segundo del art. 270 del C. Civil, la declaración de privación de la patria potestad no es definitiva sino que puede, con posterioridad, revocarse y por tanto rehabilitarse a los progenitores, que en su momento pudieran haber sido privados de la patria potestad en dicha función y que ni siquiera el C. Penal impone la pérdida de la patria potestad con carácter definitivo , sino por el tiempo previsto en cada tipo penal*".

Interpuesto recurso de casación por la demandante (la Comunidad Foral de Navarra), el TS dicta sentencia el 6 Junio 2.014 estimando el recurso, casando la sentencia y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Pamplona, en base a los fundamentos siguientes:

Que la sentencia, expresión formal de una doctrina contradictoria sobre el carácter estático o dinámico de la medida de privación de la patria potestad, simplifica el problema de cuándo concurre causa de privación de la patria potestad conforme al art. 170 del CC, sin atender de una forma específica al interés superior y preferente de un menor que se encontraba incurso en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección, sin justificar los elementos fácticos tenidos en cuenta por el juzgador de instancia ("*visión estática*").

La tesis mantenida en la sentencia sobre el momento en que procede valorar la concurrencia de causa de privación de la patria potestad ("*visión dinámica*"), se opone a la doctrina de esta sala contenida en las sentencias de 31 de julio 2009 y 6 de febrero de 2012, lo que justifica el interés casacional del recurso.

En primer lugar, la doctrina del TS es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo.

La misma Audiencia, confirmó la suspensión de visitas al menor por sus padres y el acogimiento preadoptivo y desestimó la impugnación de acogimiento preadoptivo, respectivamente.

La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por sus padres de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias.

En segundo lugar, para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar, es necesario atender, entre otras circunstancias, al tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, etc.

Por lo demás, la institución de la patria potestad no puede ser concebida sino en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario, el hijo.

La sentencia recurrida valora el cambio de circunstancias de forma abstracta, anteponiendo el interés de los progenitores al del niño, sin valorar de forma concreta el interés del menor por estar otra vez bajo la potestad de sus padres biológicos.

Señala que los padres son personas normales y que en principio no concurren circunstancias para incapacitarles de sus funciones, pero prescinde de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con un desarrollo integral, físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, resultando difícil poder hablar de normalidad con episodios tan graves para la salud y la

integridad del menor, como los descritos en la sentencia del Juzgado en un periodo fundamental de su vida y en los que están directamente implicados.

5. EL DEFENSOR JUDICIAL.

El defensor judicial se regula en el artículo 299 del CC, el cual dispone: “Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.
2. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
3. En todos los demás casos previstos en este Código”.

En relación con la patria potestad, debemos fijarnos en el artículo 163 del CC, cuyo estudio ya hemos analizado.

En esencia, la figura del defensor judicial, existe para defender los intereses del menor, cuando este interés pueda estar comprometido, por ejemplo, en el caso de conflicto de intereses entre los padres.

Debemos tener en cuenta que el menor, puede o no estar emancipado, ya que el artículo 163 dispone: “cuya capacidad deban completar”.

Por otra parte, para que proceda el nombramiento del defensor judicial, debe existir el conflicto de intereses en la persona de los dos progenitores, ya que si dicho conflicto solo se da en la persona de uno de ellos, según establece el artículo 163 del CC: “corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad”.

Acerca de este precepto, podemos decir:

- El defensor judicial se nombra sólo para un asunto determinado y su finalidad es representativa, y no de vigilancia y administración permanente.¹¹⁶
- La misión del defensor es representar al menor “en juicio y fuera de él”, aunque siempre para el asunto de que se trate. Coexiste por tanto esa representación, que es concreta, con la representación general de los titulares de la patria potestad.¹¹⁷
- El defensor judicial puede completar la capacidad del menor emancipado en el caso de existir intereses contrapuestos con los de los padres.¹¹⁸
- En cuanto a la contraposición de intereses, habrá de estarse a las circunstancias concretas de cada caso.

¹¹⁶ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 297.

¹¹⁷ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 297.

¹¹⁸ Vid. Comentarios al Código Civil. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Editorial Aranzadi. Pag 297.

- Cesa la representación del defensor cuando concluye el acto para el que fue nombrado o por la existencia de otra representación preferente (adoptante, tutor, etc.), en la que no existe contraposición de intereses y por la extinción o desaparición de la oposición (Lacruz Berdejo).

El artículo 301 del CC dispone: “Serán aplicables al defensor judicial las causa de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores”.

El artículo 302 del CC dispone: “El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida”.

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria también presta atención a este tema, en su capítulo segundo, el cual lleva por rúbrica: “De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial”.

El artículo 27 de la LJV establece el ámbito de aplicación, y nos dice que se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda el nombramiento de un defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente y, que en todo caso, se solicitará:

Y nos centramos en el caso que más no afecta, el cual es la letra a, que se refiere a los casos en los que exista conflicto de intereses entre los menores (...) y sus representantes legales, salvo que con el otro progenitor, si existe patria potestad, no haya conflicto.

El apartado segundo del artículo 27 de la LJV, establece que se instará la habilitación del defensor judicial, cuando el menor no emancipado o persona con la capacidad modificada judicialmente sean demandados o se pueda derivar un gran perjuicio por no promover la demanda, y se encuentre en alguno de los casos siguientes: a) cuando los progenitores se encuentren ausentes ignorándose su paradero, sin que se crea próximo su regreso. b) cuando los progenitores se nieguen a representar o asistir en juicio al menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. c) cuando los progenitores se encuentren en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio.

El apartado tercero del mismo precepto concluye diciendo que sin previa habilitación, se nombrará al menor un defensor judicial para el caso de litigar contra sus progenitores, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se hallare legitimado para ello o para representarle cuando se inste por el Ministerio Fiscal el procedimiento para modificar judicialmente su capacidad, siempre teniendo en cuenta que no exista un progenitor que no tenga interés opuesto al menor, en cuyo caso será este progenitor y no el defensor judicial.

El artículo 28 LJV comprende la competencia, la legitimación y la postulación.

En cuanto a la competencia, el precepto dispone que lo será el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio del menor, o en su defecto, de la residencia del menor o, en su caso, aquel correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento del defensor judicial.

En cuanto a la legitimación, este expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente o cualquier otra persona que actúe en interés de éste.

Por lo que se refiere a la postulación, en estos expedientes no es preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.

El artículo 29 de la LJV se refiere a los efectos de la solicitud, y dispone que desde la solicitud del nombramiento del defensor judicial y hasta que acepte el cargo dicho defensor, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate.

El artículo 30 de la LJV versa sobre la comparecencia y resolución.

Dicho precepto dispone: “1. El Secretario judicial convocará a comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, al menor o persona con capacidad modificada judicialmente o a modificar si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal. 2. En la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el Secretario judicial estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera”.

El artículo 33.1 de la LJV, que se refiere a la cesación del defensor judicial, dispone que “el defensor judicial comunicará al órgano jurisdiccional la desaparición de la causa que motivó su nombramiento”, ello es debido a que dicho nombramiento es solo para un asunto determinado y que su misión es “ad hoc”.

Y el artículo 33.2 dispone “Igualmente deberá comunicar al órgano judicial cuando alguno de los progenitores o representantes o curador, en su caso, se presten a comparecer en juicio por el afectado, o cuando se termine el procedimiento que motivó la habilitación”.

Por último, en cuanto a la rendición de cuentas, excusa y remoción del defensor judicial, al cual, también se refiere el CC en sus artículos 301 y 302, el artículo 32 de la LJV dispone que “Serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el Secretario judicial competente”.

6. ESPECIAL MENCIÓN A LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria tiene por objeto, según dispone su artículo primero la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, y se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria, atendiendo al mismo precepto, aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.

A diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, donde todos los expedientes se atribuían al órgano jurisdiccional (juez), en la actual regulación se atribuye no solo al órgano jurisdiccional sino también al Letrado de la Administración de Justicia, al Notario, al Registrador de lo Mercantil y el Registrador de la Propiedad.

La razón de ello es que la naturaleza de la jurisdicción voluntaria corresponde más bien a la de una actividad administrativa y la intervención del juez no es para proclamar e imponer una decisión fundada en Derecho, como corresponde a la actividad jurisdiccional, sino la de intervenir en garantía de determinados derechos, al amparo de lo previsto en el artículo 117.4 de la CE¹¹⁹, la cual establece: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

4. Competencia.

La competencia viene regulada en el artículo dos de la Ley de Jurisdicción Voluntaria¹²⁰

¹¹⁹ Vid. Preámbulo V de la Ley 15/2015, 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.

¹²⁰ Vid. art 2 LJV: “1. Los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tendrán competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria.

2. En los expedientes de jurisdicción voluntaria la competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita.

3. El impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez o al Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta Ley.

Cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. El resto de expedientes serán resueltos por el Secretario judicial.”

El impulso y dirección de los expedientes de jurisdicción voluntaria corresponde siempre al Letrado de la Administración de Justicia.

Su decisión corresponde bien al Letrado de la Administración de Justicia o bien al órgano jurisdiccional.

Cuando la ley no señale a quién corresponde su decisión se aplica el último párrafo del artículo dos de la LJV, que dispone que corresponderá al Juez cuando afecte al interés público, al estado civil de las personas, cuando afecten a los derechos de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, entre otras situaciones.

5. Legitimación.

El artículo 3.1 dispone: “Podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente sobre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.”

6. Postulación.

Aparece regulado en el artículo 3.2 de la LJV, la cual establece: “Tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente.

En todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición”.

7. Intervención del Ministerio Fiscal.

Esta regulado en el artículo 4 de la LJV, y dispone que “el Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare”.

El título III de la Ley de Jurisdicción Voluntaria lleva por rúbrica: “De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia”.

Y el capítulo II de ese mismo título: “De la intervención judicial en relación con la patria potestad”.

En cuanto al ámbito de aplicación, diremos que a la luz de los artículos ochenta y seis y ochenta y siete de la LJV, esta establece un procedimiento aplicable en dos supuestos diferentes:

- a) Cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores.¹²¹

Este será el procedimiento que deba seguirse en el caso del artículo 156.2 del CC, cuya exposición ya ha sido tratada anteriormente y me remito a ella, para evitar reiteraciones.

- b) Cuando el Juez deba adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente o la administración de sus bienes.¹²²

Prestaremos especial atención al artículo 87.1 LJV, el cual dispone: “Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil. Y en concreto:

- a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil.
- b) Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor.
- c) Para atribuir a los progenitores que carecieran de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente

¹²¹ Vid. artículo 86 LJV.

¹²² Vid. artículo 87 LJV.

desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera.

d) Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo”.

Supuestos todos ellos analizados anteriormente en este mismo trabajo.

En cuanto a la competencia, en el primero de los expedientes indicados “será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado”.¹²³

En el segundo expediente, “Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial”.

En cuanto a la tramitación, en ambos casos, “ una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados”.¹²⁴

“El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado

¹²³ Cfr. art 86.2 LJV.

¹²⁴ Cfr. art 85.1 LJV.

del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días”.¹²⁵

Por último, indicar que la intervención de Abogado y Procurador no es preceptiva para promover y actuar en estos expedientes.¹²⁶

¹²⁵ Cfr. artículo 85.2 LJV.

¹²⁶ Vid. artículo 85.3 LJV.

7. CONCLUSIONES.

PRIMERA.

El concepto de patria potestad ha evolucionado con el tiempo, anteriormente esta institución se ejercía solo por el padre y le concedía a éste unos poderes exorbitantes en relación a sus hijos; actualmente esta institución se reconoce a ambos progenitores y el ejercicio de la patria potestad debe estar marcado en todo momento por el principio del interés superior del menor.

SEGUNDA.

En cuanto al contenido personal de esta institución, se concibe la patria potestad como una función eminentemente tuitiva, ya que a cargo de los progenitores se establecen los deberes de cuidar y velar de sus hijos, de alimentarlos y educarlos.

Hay que destacar el importante papel que ostenta el Juez en los casos en los que existen desacuerdos entre los progenitores que ostentan la patria potestad, pues será él el que decida, después de oír a ambos progenitores y al menor si tuviera suficiente madurez o, en todo caso, si fuera mayor de doce años, a quien de los dos le corresponde decidir.

En relación con el papel activo que en estos casos le corresponde al hijo menor no emancipado cuando tiene suficiente madurez o es mayor de doce años, el TC se ha pronunciado sobre la inexistencia del menoscabo a la intimidad del menor, cuando se comunica a las partes en el proceso el resultado del acta de la exploración practicada sobre los menores, pues en caso contrario, si no se pudiera dar traslado de dicho acta a las partes, se estaría comprometiendo el derecho fundamental a la defensa reconocido en el artículo 24 de la CE.

TERCERA.

La decisiva importancia que ostenta el Juez en esta materia también se pone de relieve en los casos de representación legal de los hijos sometidos a la patria potestad de sus padres, ya que en el caso de existir intereses opuestos a los del hijo, el Juez nombrará un defensor judicial para que los represente en juicio y fuera de él.

No es más, que otra manifestación del principio del interés superior del menor.

CUARTA.

La específica mención a la diligencia que debe informar la actuación de los progenitores cuando actúen como administradores de los bienes de sus hijos también se establece como otra manifestación del principio “favor filii”.

En este ámbito también el ordenamiento jurídico establece cautelas para evitar posibles extralimitaciones por parte de los titulares de la patria potestad, así, es preciso que medie autorización del Juez con audiencia del Ministerio Fiscal y una causa justificada de utilidad o necesidad para que los padres puedan renunciar a los derechos que los hijos sean titulares, así como enajenar o gravar sus bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

Como garantía en favor de los hijos también el CC establece que al terminar la patria potestad los hijos pueden exigir a sus padres la rendición de cuentas de la administración que hasta ese momento han llevado a cabo, respondiendo los progenitores de los daños y perjuicios siempre que hubiese mediado dolo o culpa grave.

Con todo, lo que subyace es la necesidad de proteger el patrimonio de los hijos menores no emancipados, ya que estos aunque ostentan la titularidad de sus bienes, carecen de facultades para administrarlos y confían dicha administración en sus progenitores.

QUINTA.

La privación de la patria potestad se establece en beneficio de los intereses del menor, y por tanto, para que se produzca dicha privación, que puede ser total o parcial, es necesario la existencia de una sentencia motivada que acuerde dicha privación por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sin perjuicio de que se pueda recuperar cuando cese la causa que motivó dicha privación.

8. BIBLIOGRAFÍA.

- ACEVEDO BERMEJO, ANTONIO. *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*, Madrid: Tecnos, 2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS (Coord.). *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Madrid: Edisofer, S.L., 2016.
- SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- DE PABLO CONTRERAS, PEDRO (Coord.). *Curso de Derecho Civil (I). Derecho de la Persona*, Madrid: Edisofer, S.L., 2016.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Director). *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- ARIAS RAMOS, JOSÉ. *Derecho Romano Volumen (II)*, Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1974.
- LLAMAS POMBO, EUGENIO. *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*. Madrid, 1993.
- NAVARRO GONZÁLEZ, CAROLINA. “La delgada línea entre la facultad de corrección a los hijos y el maltrato infantil”. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/familia/la-delgada-linea-entre-la-facultad-de-correccion-a-los-hijos-y-el-maltrato-infantil#>.
- SÁNCHEZ-OCAÑA, EDUARDO. “La patria potestad”. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aPivim8BHgYJ:https://www.notariosyregistradores.com/opositores/registros-civil/t98.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=es>.

ANEXO: JURISPRUDENCIA.

- STS de 28 de febrero de 1984 (ROJ: STS 328/1984).
- STS de 21 de julio de 1993 (ROJ: STS 5592/1993).
- STS de 9 de julio de 2002 (ROJ: STS 5126/2002).
- STS de 21 de noviembre de 2005 (ROJ: STS 7037/2005).
- STS de 28 de junio de 2004 (ROJ: STS 4535/2004).
- STS de 20 de febrero de 2015 (ROJ: STS 554/2015).
- STS de 12 de febrero de 1992 (ROJ: STS 1078/1992).
- STS 25 de junio de 1994 (ROJ: STS 4931/1994).
- STS de 31 de diciembre de 1996 (ROJ: STS 7658/1996).
- STS de 9 de julio de 2004 (ROJ: STS 4989/2004).
- STS de 30 de junio de 2016 (ROJ: STS 2995/2016).
- STS de 9 de mayo de 1994 (ROJ: STS 3383/1994).
- STS de 22 de abril de 2010 (ROJ: STS 2561/2010).
- STS de 24 de abril de 2000 (ROJ: STS 3419/2000).
- STS de 6 de julio de 1996 (ROJ: STS 4147/1996).
- STS de 10 de noviembre de 2005 (ROJ: STS 6908/2005).
- STS de 23 de marzo de 2018 (ROJ: STS 965/2018).
- STS de 13 de enero de 2017 (ROJ: STS 13/2017).
- STS de 6 de junio de 2014 (ROJ: STS 2131/2014).
- STC 64/2019 (ECLI:ES:TC:2019:64).