

TEMA 23

LA PATRIA POTESTAD

Concepto y Fundamento

Es el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostenta respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de sus padres.

Las facultades que el Código Civil otorga a los progenitores respecto de los hijos son *potestades*, en cuanto se trata de poderes que el ordenamiento jurídico les concede o reconoce para que los ejerciten en beneficio de los hijos y no atendiendo a los propios intereses de los sujetos activos de tales facultades o poderes.

La idea de *beneficio de los hijos* preside e impregna el conjunto de la regulación actual del Código Civil. El art. 154.2 establece: *la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad* Los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos.

En la actualidad la patria potestad compete a ambos progenitores, al padre y a la madre, de forma conjunta y por principio inseparable.

Estas ideas constituyen el nervio central de la actual regulación del Código, incorporada básicamente por las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 21/1987, de 11 de noviembre (objeto, después, de algunas modificaciones de detalle por otras Leyes)

Los sujetos de la patria potestad

Los hijos no emancipados .- Como regla, quedan sometidos a la patria potestad los hijos menores de edad que no hayan sido emancipados. Sin embargo, en caso de haber sido declarados judicialmente incapacitados, cabe la prórroga o continuidad de la patria potestad incluso respecto de los hijos mayores de edad.

La patria potestad conjunta: titularidad y ejercicio de la patria potestad.- En la actualidad, la patria potestad compete a ambos progenitores conjuntamente (art. 154.1: *los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.*)

Tratándose de una titularidad conjunta, es natural que el artículo 156.1 parta de la base de que *la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores ...*, reclamando así que la titularidad y el ejercicio conjuntos de la patria potestad constituye o representa el ideal a perseguir por los propios progenitores.

Sin embargo, en casos de desavenencias reiteradas entre los progenitores o de situaciones de crisis matrimonial latente, es obvio que si la titularidad conjunta de la patria potestad es muy fácil de formular, resulta más complicado determinar cuándo es admisible o necesario el ejercicio individual por uno de los progenitores de actos inherentes a dicha titularidad.

A resolver tales eventualidades se destina el resto del artículo 156, formulando diversos supuestos en los que el ejercicio individual de la patria potestad por uno de los progenitores ha de ser considerado lícito y válido.

El ejercicio coyuntural de la patria potestad por uno de los progenitores.- Cabe en los siguientes casos:

- cuando los actos relativos a los hijos sean realizados por uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad)

- cuando uno de los progenitores actúe respecto de los hijos con el consentimiento expreso o tácito del otro.

Conforme al párrafo segundo del artículo 156, para los casos de desacuerdos, prevé que en el supuesto de que el desacuerdo sea meramente incidental o episódico, tanto la titularidad cuanto el ejercicio de la patria potestad siguen siendo conjuntos, pero el Juez asume una postura arbitral, decidiendo cuál de los progenitores tiene mejores razones para decidir en una cuestión concreta.

La atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad. – En los casos de desacuerdos reiterados puede producirse la atribución en exclusiva a uno de los progenitores del ejercicio de la patria potestad o, en su caso, de determinados aspectos inherentes a la patria potestad, por un período que no supere los dos años.

Existe igualmente atribución exclusiva del ejercicio de la patria potestad a favor de uno de los progenitores en los dos casos siguientes:

- *En defecto, o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres* (art. 156.4)
- *Si los padres viven separados*, en cuyo caso *la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva* (art. 156.5) La separación de los progenitores puede deberse tanto a la circunstancia de haber sido judicialmente declarada cuanto a cualesquiera otras circunstancias que determinen la falta de convivencia efectiva de los progenitores.

Contenido personal de la patria potestad

En lo fundamental, las relaciones entre padres e hijos se encuentran impregnadas generalmente de dosis de afecto y cariño que rara vez exigen acudir al esquema de derechos y obligaciones legalmente consagrado. Desde el punto de vista estrictamente personal, las relaciones paternofiliales se caracterizan por someter a los progenitores a un cuadro de obligaciones mucho más gravosas que las correspondientes a los hijos.

La obediencia filial. – A los hijos únicamente los obliga el Código a *obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre*. (art. 155.1). El respeto debido a los padres no es una derivación de la patria potestad, sino de la relación paternofilial. De ahí que resulte exigible incluso una vez extinguida la patria potestad.

La obediencia, en cambio, es el único precio que han de satisfacer los hijos por el conjunto de deberes impuestos a los padres en cuanto titulares de la patria potestad.

Los deberes paternos. – El art. 154, en su segundo párrafo, establece que *la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades*:

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

El párrafo tercero otorga a los hijos que tuvieren suficiente juicio derecho a *ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*.

La concreción y exigencia de tales deberes ha de cohererarse con las circunstancias familiares en su conjunto.

La expresión legal de velar por los hijos es posiblemente la generalización del conjunto de los deberes paternos a que posteriormente hace referencia el precepto e implica prestarles la asistencia y protección que,

en cada momento de su vida *sub potestate*, requiera la crianza y formación de los hijos.

La potestad de representación

En principio, el otorgamiento por la ley a los padres de las facultades de representación de los hijos menores no emancipados es una mera consecuencia de la falta de capacidad de éstos y, por tanto, constituye simultáneamente un derecho y un deber de los padres de asistir a los menores *in potestate* mientras se encuentran en tal condición.

La representación legal.– Conforme al art. 162, debe entenderse que –salvo restricción legal concreta– el ámbito de la representación legal se extiende a cualesquiera actos, actuaciones o actividades en las que el menor no emancipado haya de participar, pues dada su falta de capacidad, ha de hacerlo mediante la intervención de los progenitores quienes, al igual que en cualquier otro supuesto de representación legal, actúan en nombre y por cuenta de sus representados.

El conflicto de intereses: el defensor judicial.– Según el art. 163 *siempre que en algún asunto el padre y la madre tenga 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.

A petición del padre o de la madre, del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, el Juez nombrará defensor, con las facultades que señale al pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de éste o cuando tuviere intereses contrapuestos, a otro pariente o a un extraño.

Tras la promulgación de la Ley 13/1983, la aplicación del artículo 300 determinaba que *el Juez ... nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo, sea o no pariente del menor.*

La administración de los bienes filiales.– Según el primer párrafo del art. 164 *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.*

La administración paterna es verdaderamente una carga impuesta por la minoría de edad de los hijos titulares de los bienes y, en consecuencia, los progenitores quedan sometidos a un régimen de deberes que, además, han de afrontar de forma gratuita. Así, los progenitores quedan obligados al menos a lo siguiente:

- Llevar las correspondientes cuentas y, en su caso, rendirlas, pues el art. 168 establece que *al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces (La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación –concluye el párrafo– prescribirá a los tres años).*
- Administrar los bienes filiales diligentemente, pues los hijos pueden actuar contra sus progenitores tanto cautelarmente, cuanto *ex post facto*, en caso de mala o dañosa administración

En el primer sentido, establece el art. 167: *Cuando la administración de los padres 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 providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador.*

Si la administración de los progenitores supusiese de forma efectiva un menoscabo o disminución del valor de

los bienes filiales, originada por la desidia o el descuido paternos, habrán de responder patrimonialmente aquellos conforme al art. 168.2 (*en caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos.*)

Bienes filiales excluidos de la administración de los progenitores

El segundo párrafo del art. 164 exceptúa de la administración paterna los siguientes bienes:

- 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.
- Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos 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.
- Hijo mayor de 16 años = bienes adquiridos por su trabajo o industria. Necesitará el consentimiento de los padres si los actos de administración exceden de la administración ordinaria.

Frutos de los bienes filiales

Frutos de los bienes del hijo no emancipado y lo que adquiera con su trabajo o industria son del hijo

Pero los padres podrán destinarlos, cuando el hijo conviva con ellos y en la parte que le corresponda, al *levantamiento de las cargas familiares* y no estarán obligados a rendir cuentas.

Con tal fin se entregarán a los padres, en la medida adecuada los frutos de los bienes que ellos no administren, salvo los bienes comprendidos en los números 1 y 2 del art. Anterior y los de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su colocación o carrera, pero si los padres carecen de medios, podrán pedir al Juez que les entregue la parte que en equidad proceda (art. 165)

El control judicial de los actos de naturaleza dispositiva

Con anterioridad a la reforma de 1981, los padres podían llevar a cabo actos de enajenación relativos a los bienes filiales, si bien en relación los inmuebles se requería la autorización judicial para determinar si verdaderamente existían causas justificadas de utilidad o necesidad en la enajenación pretendida (antiguo art. 164)

Actualmente, el art. 166.1 mantiene el mismo criterio respecto de los bienes inmuebles, pero amplía el ámbito del control o autorización judicial a los actos dispositivos (enajenación o gravamen) que recaigan sobre los establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (salvo el derecho de suscripción preferente de acciones), requiriendo en todo casos que existan causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Asimismo deberán recabar los padres autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo (art. 166.2)

Sin embargo, si el menor hubiese cumplido 16 años y consintiere en documento público, no será necesaria autorización judicial aunque se trate de enajenación de inmuebles. También desaparece el requisito de la previa autorización judicial respecto de la enajenación de valores mobiliarios *siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros* (art. 166.3)

Los actos ilícitos de los hijos: la responsabilidad civil de los padres

El segundo párrafo del artículo 1903 establece: *los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda*. A efectos, pues, de responsabilidad civil, se encuentran también en pie de igualdad el padre y la madre.

Debe advertirse, no obstante, que la responsabilidad civil de los progenitores no es un efecto natural de la patria potestad, sino un específico supuesto de la responsabilidad por hecho ajeno, que alcanza también a los tutores (art. 1903.3)

Extinción y situaciones anómalas de la patria potestad

Extinción de la patria potestad

Según el art. 169 *la patria potestad se acaba*:

- *Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo*
- *Por la emancipación*
- *Por la adopción del hijo*

En el supuesto de la adopción la patria potestad se extingue respecto de los progenitores (aunque respecto del menor no emancipado adoptado, la patria potestad renacerá en la cabeza de los adoptantes) La referencia legal a la emancipación requiere algunas precisiones.

Emancipación, mayoría de edad y patria potestad prorrogada

Nuestro Código genera una cierta confusión entre la emancipación propiamente dicha y la mayoría de edad, al considerar que esta última es la primera y común causa de emancipación.

Desde luego, llegar a la mayoría de edad implica considerar que la patria potestad se ha extinguido. Sin embargo, en caso de que los hijos hubieran sido judicialmente incapacitados, los progenitores dejaban de ser titulares de la patria potestad o padres, para pasar a ser tutores. El fenómeno era particularmente ostensible en el caso de que los hijos hubieran sido incapacitados durante la minoría de edad y, desde la reforma de 1981, fue superado recurriendo a la figura de la patria potestad prorrogada, contemplada en el art. 171 tanto para el supuesto de que la declaración de incapacitación tenga lugar durante la minoría de edad de los hijos, cuanto para el caso de que se produzca con posterioridad.

Ello obliga a distinguir entre la patria potestad prorrogada propiamente dicha y la patria potestad rehabilitada:

- Patria potestad prorrogada propiamente dicha. – La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados [por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez], quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad –primera proposición del art. 171.1–
- Patria potestad rehabilitada. – Si el hijo mayor de edad soltero que viviere n compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado [por alguna de las causas indicadas] se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. –segunda proposición del art. 171.1– La exigencia de soltería del hijo se debe a que, en caso de contraer matrimonio o haber contraído matrimonio, se habrá producido la consiguiente emancipación y, por tanto, corresponderá la tutela al cónyuge. No obstante conforme al último inciso del art. 171 cabe hablar de patria potestad prorrogada incluso en el supuesto de patria potestad rehabilitada.

Conforme al art. 171.2, la patria potestad prorrogada se extinguirá por acaecer cualquiera de los siguientes supuestos:

- Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo

- Por la adopción del hijo
- Por haberse declarado la cesación de la incapacidad
- Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Naturalmente, si llegado el momento de cese o extinción de la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela (art. 171.3)

La privación de la patria potestad

Conforme al art. 170, la privación de la patria potestad sólo puede ser decretada judicialmente en causa criminal o matrimonial y fundada precisamente en el incumplimiento de los deberes inherentes a su ejercicio

En relación con el procedimiento civil ordinario de menor cuantía, la falta de concreción de las causas de privación de la patria potestad obliga a realizar una determinación casuística (falta de contacto e interés por el hijo durante un período temporal prolongado, o por no atender a la satisfacción de las necesidades de los hijos, teniendo el progenitor medios económicos suficientes para ello; según una STS repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, por haber incurrido en el delito de parricidio de la esposa –y madre del menor cuya patria potestad pretende el parricida–)

El vigente Código Penal considera la pena especial y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, fundamentalmente en los arts. 226 y 233, en relación con el delito de abandono de familia, menores e incapaces, autorizando al juez penal para establecerla por un período de cuatro a diez años.

Por cuanto se refiere a la incidencia de las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales (separación, nulidad o divorcio) en relación con la patria potestad, el párrafo tercero del art. 92 autoriza al Juez para acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

La recuperación de la patria potestad

Establece el art. 170.2 que 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.