

Derecho Civil II.

Tema 1: El Derecho de familia.

EL DERECHO DE FAMILIA.

TEMA 1: EL DERECHO DE FAMILIA.

- **EL DERECHO DE FAMILIA: NATURALEZA Y CARACTERES.**

Podemos definir la **FAMILIA** como **el conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco.**

- **Conjunto de personas físicas.**

Seres humanos nacidos (**artículo 29 CC**) que cumplen las *conditionis iuris* para que se les reconozca su personalidad (**artículo 30 CC**), incluyéndose al *nasciturus*, a los efectos que le sean favorables, pero no a los difuntos.

Las personas jurídicas quedan fuera del concepto de familia.

- **Vínculos conyugales o de parentesco.**

Los vínculos conyugales se crean por razón del matrimonio; el Derecho reconoce y regula la relación conyugal en el sentido de matrimonial pero no la extramatrimonial.

Los vínculos de parentesco son *consanguíneos, afines, adoptivos o tutelares*.

Con todo esto, podemos dar una definición del **Derecho de familia: conjunto de normas jurídicas que regulan la familia en todos sus aspectos de Derecho privado.**

El Derecho de familia, comprende básicamente:

- Matrimonio.
- Filiación.
- Tutela.

- **REGULACIÓN.**

- **CÓDIGO CIVIL.** Los aspectos personales, se regulan en parte del Libro Primero y los aspectos económicos en parte del Libro Quinto.
- **LEY DE 2 DE MAYO DE 1975.**
- **CONSTITUCIÓN.** Pone de relieve la igualdad ante la Ley sin diferencias por razón de sexo o filiación.
- **LEY DE 13 DE MAYO DE 1981.**

LEY DE 7 DE JULIO DE 1981.

- **LEY DE 15 DE ENERO DE 1996, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.** Con ella se han modificado bastantes artículos del Código Civil, casi todos relativos al Derecho de familia, especialmente en materia de adopción y tutela.

Derecho Civil II.

Tema 1: El Derecho de familia.

- **NATURALEZA.**

Aunque a veces se ha opinado lo contrario, el Derecho de familia pertenece al Derecho privado.

- **CARACTERES.**
- **CONTENIDO ÉTICO.** Las normas básicas del Derecho de familia provienen de la Ética y han sido recogidas por el Derecho, por lo que son normas sin sanción o con sanción atenuada.
- **PREVALENCIA DE LAS RELACIONES PERSONALES Y DEL INTERÉS SUPRAINDIVIDUAL.** El Derecho de familia regula estados, situaciones, derechos y deberes en aras del interés de la familia.
- **CARÁCTER DE FUNCIÓN.** Cuando se concede un derecho para cumplir un deber, se habla de *función*.
- **CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO DE FAMILIA.**
- **EL NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO DE FAMILIA.**

Según **Díez Picazo**: *Acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar.*

- **CARACTERES.**

- Ausencia de verdadera representación (tan sólo el *nuntius*).
- Predominio de las formas solemnes y amplia intervención de la Autoridad.
- Prohibición de términos y condiciones.
- Existencia de *numerus clausus* de causas que impiden la existencia de negocios jurídicos de Derecho de familia atípicos.
- **EL PARENTESCO.**
- **EL MATRIMONIO.**

- **CONCEPTO.**

Negocio jurídico bilateral por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena.

- **CARACTERES Y FINES.**

- **Unidad y bisexualidad** (monógamo). Un solo hombre con una sola mujer.
- **Estabilidad.** Con la Ley de 7 de julio de 1981 se introduce el divorcio.
- **Finalidad de plena comunidad de vida.**
 - Unión física y espiritual.
 - Convivencia estable.
 - Fundación de una nueva familia.

Derecho Civil II.

Tema 1: El Derecho de familia.

- **NATURALEZA.**

Es un negocio jurídico de familia.

- **SISTEMA MATRIMONIAL.**

Son los diferentes criterios con que, en toda legislación, se determina la base fundamental a la que ha de ajustarse la celebración del matrimonio para reputarlo válidamente contraído.

- **SISTEMA VIGENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

- **Real Cédula del 12 de julio de 1564.** Felipe II admitió en la legislación el *Concilio de Trento* sobre la reforma de matrimonio que estableció el sistema matrimonial religioso como el obligatorio.
- **Constitución de 1860.** Se dictó la Ley de Matrimonio Civil.
- **CÓDIGO CIVIL.**

El **artículo 42 CC** recoge dos clases o formas de matrimonio: el **canónico** y el **civil**.

- **CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LEY DE 7 DE JULIO DE 1981.**

1. Constitución Española de 1978. Recoge los siguientes preceptos:

- Igualdad ante la Ley sin discriminación alguna por razón de religión (**artículo 14 CE**).
- Igualdad jurídica del hombre y la mujer a la hora de contraer matrimonio (**artículo 32 CE**).
- La Ley regulará las formas de matrimonio; la edad y capacidad para contraerlo; derechos y deberes de los cónyuges; causas de separación y sus efectos.

2. Ley de 7 de julio de 1981. Reconoce como único el matrimonio civil con su normativa y efectos, pero admite dos formas de celebración:

- Forma civil (ante Juez, Alcalde,...).
- Forma religiosa.

- **CONFLICTO: DOBLE MATRIMONIO.**

Sólo se reconoce un matrimonio, bien realizado en su forma legal, como en su forma religiosa (puede ser católico o de otra religión).

- **PROMESA DE MATRIMONIO.**

Es la promesa bilateral de contraer matrimonio. **Requisitos:**

- Promesa cierta. Se puede deducir por la publicación de proclamas o por una serie de hechos socialmente tenidos en cuenta.
- Requisitos personales. Mayor de edad o menor emancipado.
- Incumplimiento sin causa. Es la negativa de casarse o la conducta que provoca la ruptura indirecta (largo viaje injustificado,...). Sus efectos son:
 - no produce obligación de contraer matrimonio;
 - producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio. Si los gastos los han hecho los

Derecho Civil II.

Tema 1: El Derecho de familia.

- padres: **artículo 1.902 CC:** *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

Esta acción caducará al año de la negativa definitiva.

• REQUISITOS DEL MATRIMONIO.

El Derecho Canónico ha puesto los siguientes:

- Dirimentes.
- Impedientes.
- Absolutos.
- Relativos.
- Privados.
- Públicos.

• Requisitos personales.

- *Físicos.*

A.1. Edad. No podrán contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. Los menores de edad mayores de 14 años podrán casarse si adquieren una dispensa del Juez de Primera Instancia, con justa causa, a instancia de parte y oyendo al menor y a sus padres guardadores. Se convalidará el matrimonio si, tras llegar a la mayoría de edad siguen conviviendo juntos más de una año.

A.2. Aptitud mental. Uno de los elementos esenciales del negocio jurídico del matrimonio es la declaración de voluntad por lo que no habrá matrimonio si uno de los sujetos carece de aptitud mental para otorgarlo.

- *Morales.*

B.1. La libertad. Que los contrayentes no estén ligados en vínculo matrimonial con un tercero.

B.2. El parentesco. No podrán contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta 3er grado (sólo este puede ser dispensado por el Juez de Primera Instancia y por justa causa).

B.3. El crimen. No podrán contraer matrimonio los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de alguno de ellos. Esta situación podrá ser dispensada por el Ministerio de Justicia a instancia de parte.

• Requisitos materiales: consentimiento matrimonial.

El *consentimiento* es la concordancia de las declaraciones de voluntad de ambos cónyuges de querer contraer matrimonio. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. El consentimiento tiene dos presupuestos:

- Conciencia (capacidad mental de ambos contrayentes).
- Voluntad.

Derecho Civil II.

Tema 1: El Derecho de familia.

El consentimiento tiene que ser: externo, libre, voluntario y consciente. Se puede eliminar por:

- **ERROR.** Da nulidad al matrimonio cuando recaiga sobre la identidad del otro contrayente o de alguna de sus cualidades cuando éstas hayan sido relevantes para prestar el consentimiento.
- **COACCIÓN O MIEDO GRAVE.** También anularán el matrimonio. La coacción supone privar físicamente de la voluntad; el miedo grave supone la amenaza de un hecho que limita o anula la voluntad.

- **Requisitos formales.**

El matrimonio es un negocio jurídico formal; su forma es ad solemnitatem.

- **EXPEDIENTE PREVIO.** Quienes desean casarse deben tramitar un expediente donde se acrediten los requisitos de capacidad establecidos en el Código Civil (**artículo 56**). Si no se ha tramitado el expediente, el Juez o funcionario encargado del Registro deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración, antes de llevar a cabo la inscripción.
- **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** El matrimonio civil se contraerá ante el Alcalde, Juez o funcionario que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes; si residieran en el extranjero será competente el funcionario diplomático o consular encargado del Registro civil. Si la Autoridad que autorizase el matrimonio no tuviera competencia o jurisdicción, el matrimonio será nulo, salvo que alguno de los contrayentes hubiera actuado con buena fe.
- **FORMA DE CELEBRACIÓN.** Ante dos testigos mayores de edad y ante el Juez, Alcalde o funcionario comenzará leyendo los **artículos 66, 67 y 68 CC** y continuará preguntando a las partes si desean unirse en matrimonio; si contestan ambas afirmativamente, les declara unidos en matrimonio.
- **NULIDAD.** Cuando falte alguna de las personas que se requieren presentes en el apartado anterior.
- **INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO.** Es necesaria para...

- Que surta efectos el matrimonio.
- Es un medio de prueba.
- Función de publicidad para evitar múltiples vínculos en torno a una persona.
- Debe tener la firma de los testigos, del Juez o Autoridad y de los contrayentes, a los que se les entregará una acreditación de la celebración del matrimonio, junto con el libro de familia.

- **FORMAS EXCEPCIONALES DE MATRIMONIO.**

- *Por españoles en el extranjero.*

Pueden hacerlo de varias formas:

- Ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro civil en el extranjero.
- En la forma religiosa legalmente prevista.
- Con arreglo a la forma establecida en la ley del lugar de celebración.

Derecho Civil II.

Tema 1: El Derecho de familia.

- *Por extranjeros en España.*

El **artículo 50 CC** dispone que si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España:

- Con arreglo a la forma prevista para los españoles.
- Siguiendo la ley personal de alguno de ellos.

- *Por representante.*

Realmente se trata de un *nuntius* que transmite la voluntad ya expresada por el pseudo-representado.

Derecho Civil II.

Tema 2: La filiación.

TEMA 2: LA FILIACIÓN.

• LA FILIACIÓN. SISTEMA VIGENTE. EFECTOS.

• CONCEPTO.

Es la relación biológica y jurídica entre los padres y los hijos que han generado. Esto es lo normal, pero pueden darse también los siguientes casos:

- Filiación biológica pero no jurídica (ej.: que no conste legalmente quiénes son los padres, o al menos uno de ellos).
- Filiación jurídica pero no biológica (ej.: que el marido o la mujer reconozca a un hijo que saben que no han enjendrado).
- Filiación adoptiva.

• ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Con la **Ley de 13 de mayo de 1981** desaparecen los conceptos de hijo legítimo, ilegítimo y natural y aparecen los de *matrimonial* y *extramatrimonial*, a parte de los *adoptivos*, todos ellos con los mismos derechos y efectos jurídicos.

• CÓDIGO CIVIL.

El **artículo 108 CC** distingue entre:

- Filiación por naturaleza: matrimonial y extramatrimonial.
- Filiación por adopción.

• EFECTOS. Artículo 113 CC; la filiación se determina por:

• Inscripción en el Registro civil.

La inscripción puede ser modificada por:

- Efectos de las acciones de impugnación de la filiación.
- Que sea contradictoria a los hechos probados de una sentencia firme.

• Por el documento o sentencia que la determina legalmente.

Cuando éste esté inscrito en el Registro civil.

- **Por la presunción de paternidad patrimonial.**
- A falta de los medios anteriores, por la **posesión de estado.**

En el Código civil no se recoge como subsidiaria, pero la doctrina siempre la ha utilizado. Tradicionalmente se compone de:

- *Nomen*: atribución del nombre del padre o madre o ambos, al hijo.
- *Tractatus*: situación de hecho permanente, constante e ininterrumpida que consiste en una manifestación de paternidad o maternidad a base del mantenimiento, alimentación, educación,... del hijo, como tal hijo, en relación con el padre y la madre.
- *Forma*: la situación de hecho debe ser pública y notoria.

Derecho Civil II.

Tema 2: La filiación.

• FILIACIÓN MATRIMONIAL: SU DETERMINACIÓN LEGAL. PRESUNCIONES.

El **artículo 108 CC** expone que la **filiación es *matrimonial*** cuando el padre y la madre están casados entre sí.

• REQUISITOS.

- **Maternidad de la mujer casada.**
- **Matrimonio de los padres entre sí**, sin importar que dicho matrimonio sea anterior o posterior a la concepción o al nacimiento. Así podemos distinguir entre:

- Hijos matrimoniales de origen.
- Hijos matrimoniales después de nacidos.

• MODOS DE DETERMINACIÓN.

(**Artículo 115 CC**). Dos modos:

- Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.
- Por sentencia firme.

• PRESUNCIONES DE PATERNIDAD.

- **Presunción general de paternidad del marido.**

Artículo 116 CC: *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.*

Es una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

Puede probarse que el hijo nacido incluso pasados los 300 días después de la disolución del matrimonio, es del marido si hay consentimiento de ambos.

- **Presunción atenuada de paternidad del hijo nacido en los primeros 180 días.**

Artículo 117 CC: *Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente, o hubiere conocido el embarazo de la mujer con*

anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

- **No presunción de paternidad del hijo nacido después de los 300 días.**

Una vez que los cónyuges se han separado de hecho o judicialmente no cabe aplicar la presunción de paternidad del hijo nacido después de 300 días; se presume que ha sido concebido tras el matrimonio y por lo tanto no es del marido.

Para acreditar que, a pesar de ello, el hijo es del marido habrá que acreditar las acciones pertinentes de reclamación de filiación matrimonial.

Derecho Civil II.

Tema 2: La filiación.

El **artículo 118 CC** dice que a pesar de faltar la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos. Esto no podrá ocurrir si se ha producido una disolución.

- **No presunción respecto al hijo nacido antes del matrimonio.**

Artículo 119 CC: *La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente [de la filiación no matrimonial].*

- **FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: SU DETERMINACIÓN LEGAL. EL RECONOCIMIENTO.**

Es extramatrimonial el hijo de padres que no han contraído matrimonio entre sí. La filiación no matrimonial no se determina nunca por ley sino por voluntad de los padres, o uno sólo de ellos por acto jurídico o resolución judicial.

- **MEDIOS DE DETERMINACIÓN. Artículo 120 CC.**

Artículo 120 CC: *La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

- 1.º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.*
- 2.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.*
- 3.º Por sentencia firme.*
- 4.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.*

- **EL RECONOCIMIENTO.**

Según **Albaladejo** es un acto jurídico que consiste en la afirmación solemne de la paternidad biológica hecha por el generante.

• CARACTERES.

- **Acto voluntario.** Debe haber un deber moral de reconocer a l hijo, no un deber jurídico.
- **Acto expreso.** Declaración de paternidad explícita, concreta e individualizada en la persona del reconocido.
- **Acto personalísimo.** Sólo lo puede realizar el padre o la madre por sí mismo. También el *nuntius*.
- **Acto unilateral.**
- **Acto independiente y sustantivamente aislado.**

Derecho Civil II.

Tema 2: La filiación.

- **Acto irrevocable.** El reconocimiento crea un estado civil que no puede ser revocado.
- **Acto puro.**
- **Acto solemne.** Debe estar recogido el procedimiento en la ley, sino no será válido.
- **Acto constitutivo.** El reconocimiento da lugar al *status filii* del hijo extramatrimonial, que se hace retroactivo al momento del nacimiento del hijo, siempre que la retroactividad sea compatible con lo expuesto en la ley.

• SUJETOS.

- **Sujeto activo.** Puede serlo cualquiera (soltera, casada, viuda o divorciada) siempre que tenga capacidad de obrar, bien por ser mayor de edad, bien por estar emancipada.

El reconocimiento del incapaz o del menor no emancipado deberá tener aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

El reconocimiento lo podrá hacer uno sólo de los progenitores (unilateral), sin desvelar la identidad del otro, o lo podrán hacer los dos (bilateral).

- **Sujeto pasivo.** Es el hijo reconocido como extramatrimonial. Puede ser cualquier persona, pero con matices:
 - El reconocido debe ser hijo biológico del reconocedor.
 - No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

• CONDITIO IURIS.

Consentimiento del reconocido mayor de edad o de su representante o autorización judicial, si es menor de edad, con especialidades si es un hijo incestuoso. Debemos distinguir entre:

- **Reconocimiento de un hijo menor de edad o incapacitado.**

Requiere el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

- **Reconocimiento de un hijo incestuoso.**

Hace falta:

- Su consentimiento si es mayor de edad.

- Autorización judicial que se otorgará con audiencia del Ministerio Fiscal; cuando el menor alcance la mayoría de edad o deje de estar incapacitado podrá invalidar el reconocimiento mediante declaración auténtica.

- **Reconocimiento del *nasciturus*.**

Se considera que el *status filii* es favorable para el *nasciturus*. Habrá que reconocer al concebido en relación a la madre para lo cual no habrá problema si lo reconoce ella misma o con el padre; si pretende reconocerlo sólo el padre, habrá problema ya que no puede identificar a la madre ya que iría contra la prohibición del **artículo 122 CC**.

Derecho Civil II.

Tema 2: La filiación.

- **Reconocimiento de un hijo fallecido.**

Sólo surtirá efectos si lo consienten sus descendientes por sí solos o por sus representantes legales si son menores o incapacitados. No cabe reconocimiento si no hay descendientes.

- **FORMAS DE RECONOCIMIENTO.**

El reconocimiento es un acto solemne por lo que debe ser realizado de alguna de las maneras que establezca la ley para que sea válido. Éstas son:

- Declaración del padre, de la madre o de ambos ante el encargado del Registro Civil o al practicarse la inscripción de nacimiento, bien dentro del plazo o fuera de él en cualquier momento.
- En testamento, siempre que éste sea válido y eficaz.
- En cualquier otro documento público.

- **IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.**

El reconocimiento puede ser impugnado porque concurra alguna de las siguientes causas de invalidez:

- Falta del consentimiento del reconocido mayor de edad.
- Falta del consentimiento del representante legal o aprobación judicial, si el reconocido es menor.
- Falta del consentimiento o de la autorización judicial si el reconocido es incestuoso.
- Falta del consentimiento de los descendientes si el reconocido ha fallecido.
- Por defecto de forma.
- Por vicios de la voluntad (error, violencia o intimidación).

Derecho Civil II.

Tema 3: Acciones de filiación.

TEMA 3: ACCIONES DE FILIACIÓN.

- **LAS ACCIONES DE FILIACIÓN: DISPOSICIONES GENERALES.**

La filiación matrimonial o extramatrimonial puede determinarse por sentencia firme mediante el ejercicio de la acción de reclamación, o destruirse la ya determinada por el ejercicio de la acción de impugnación.

PRINCIPIOS.

1.º LIBRE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD (artículo 127 CC).

2.º ACCIONES DECLARATIVAS. Declaran la filiación que producirá efectos desde el nacimiento.

3.º LEGITIMACIÓN.

- **Activa.** Sólo las puede ejercitar el interesado o, si es menor, su representante legal o el Ministerio Fiscal. Sólo cabe su transmisibilidad *mortis causa*.
- **Pasiva.** La tienen aquellas personas que tienen una relación de filiación contradictoria, sea con posesión de estado o sin ella, o que puedan quedar afectadas por la filiación por sentencia firme.

4.º SEMIPLENA PROBATIO. No se aceptará una demanda si no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda.

5.º MEDIDAS PROTECTORAS Y ALIMENTOS. Para asegurar a la persona y a sus bienes cuya paternidad se está impugnando.

6.º ADMISIÓN DE TODA CLASE DE PRUEBAS INCLUSO LAS BIOLÓGICAS.

- **LA RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN.**
- **ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.**

Tiene por objeto determinar la filiación matrimonial, por no existir ninguna o por ser inexacta la existente.

- **LEGITIMACIÓN ACTIVA.**

- Si existe posesión de estado*, esta acción podrá ejercerse por cualquier persona con interés legítimo (**artículo 131.1 CC**).
- A falta de posesión de estado, sólo podrán ejercerla la madre, el padre o el hijo (**artículo 132.1 CC**). Se exceptúa el caso en que la filiación que se reclama contradiga otra legalmente determinada.

Derecho Civil II.

Tema 3: Acciones de filiación.

- **LEGITIMACIÓN PASIVA.**

La acción se dirigirá contra aquellas personas que tengan en ese momento una relación de filiación, sea con posesión de estado o sin ella. En todo caso, será parte el Ministerio Fiscal.

- **PLAZO.**

Esta acción es imprescriptible; caduca sólo en caso de fallecer el hijo antes de cuatro años de alcanzar la capacidad o en el año siguiente de descubrir las pruebas en cuyo caso los herederos tienen legitimación pero sólo hasta cumplir el plazo.

- **ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.**

Tiene por **objeto** determinar la relación de filiación del padre, madre e hijo fuera del matrimonio.

La prueba de **maternidad** puede ser fácil si se comprueba el parto y la identidad del hijo, sin perjuicio de que se puedan practicar otras pruebas, incluidas las biológicas. La prueba de **paternidad** también acepta toda clase de pruebas, incluidas las biológicas que serán decisivas.

Es importante destacar el **artículo 135 CC**: *Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.*

El demandado podrá defenderse contra tales hechos alegando que, a pesar de que existan, no prueban la maternidad o paternidad; ¿cómo?:

- **Negando el reconocimiento.**
- **Manteniendo que la posesión de estado es por otra razón a la de filiación.**
 - Si existe posesión de estado, tiene la *legitimación activa* cualquier persona con interés legítimo.
 - Si falta posesión de estado, la acción corresponde al hijo durante toda su vida (la ejercerá su representante legal o el Ministerio Fiscal mientras sea menor de edad o esté incapacitado; le ejercerá el mismo si es mayor de edad y sus herederos hasta completar el plazo, si el hijo muere en un plazo de cuatro años desde que alcanza la capacidad o descubre las pruebas).
- **Admitiendo la convivencia con la madre pero alegando y probando que tuvo contactos con otros hombres (*exceptio plurium concumbentum*).**

Esta acción es imprescriptible, salvo el plazo de caducidad de cuatro años visto anteriormente.

Derecho Civil II.

Tema 3: Acciones de filiación.

- **LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.**
- **ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL.**

• **LEGITIMACIÓN ACTIVA.**

La tienen la **madre**, justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo, pudiendo emplear toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

También tiene legitimación activa el **padre** y el **hijo**.

• **LEGITIMACIÓN PASIVA.**

La acción se dirigirá contra todos los demás sujetos de la relación de filiación matrimonial, y en todo caso al Ministerio Fiscal, salvo que sea parte actora.

- **ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MARITAL.**

Se utiliza para probar la no paternidad del marido; se podrán utilizar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

• **LEGITIMACIÓN ACTIVA.**

- **El marido, supuesto padre.** Dispone de un año desde que se inscribió la filiación en el Registro Civil o desde que se enteró del nacimiento, si es que ni tenía conocimiento del mismo o desde que tuvo conocimiento de que el hijo que ha tenido su esposa, no es suyo.
- **Herederos del marido.** Si éste muere antes de que transcurra el plazo de un año, los herederos tan sólo pueden ejercer la acción en el tiempo que falta para completarlo.
- **El propio hijo.** Tiene un año para ejercitarla desde la inscripción de la filiación, pero si es menor de edad o está incapacitado, o ejerce la madre que tiene la patria potestad o el Ministerio Fiscal, o el plazo se contará a partir de que alcance la mayoría de edad o adquiera la capacidad.

El hijo o sus herederos pueden ejercitar esta acción sin plazo de caducidad si falta la posesión de estado de filiación matrimonial.

• LEGITIMACIÓN PASIVA.

La acción se dirigirá contra todos los demás sujetos de la relación filial.

• ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

Su **función** es acreditar la no paternidad o maternidad de una filiación extramatrimonial, utilizando todo tipo de pruebas, incluso las biológicas. Pero hay que diferenciar entre:

• Si existe posesión de estado.

Tienen *legitimación activa* el padre, la madre, el hijo y quienes por filiación puedan resultar afectados en calidad de herederos forzosos.

Derecho Civil II.

Tema 3: Acciones de filiación.

• Si falta posesión de estado.

Tienen *legitimación activa* aquellos a quienes perjudique, entendiéndose como perjuicio, no sólo el económico, sino también el moral.

Es imprescriptible.

Derecho Civil II.

Tema 4: Patria potestad (I).

TEMA 4: PATRIA POTESTAD (I).

- **LA PATRIA POTESTAD: QUIENES LA EJERCEN Y MODO DE EJERCICIO.**
- **CONCEPTO.**

La patria potestad es un efecto de la filiación; un sistema de protección, cuidado asistencia física y moral, educación y un medio de suplir la incapacidad.

Conjunto de derechos y deberes que tienen los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados o incapacitados.

Tiene incluido el concepto de *función*, ya que la patria potestad supone una serie de deberes para cuyo cumplimiento se conceden unos derechos.

- **ELEMENTOS PERSONALES: SUJETOS.**
- **HIJOS BAJO LA PATRIA POTESTAD.**

- **Artículo 154 CC:** *Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, []. Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.*
- **Artículo 171 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 [].*

- **PADRES TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD.**

La patria potestad corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, aunque cabe un ejercicio unipersonal en determinadas ocasiones.

- **Patria potestad conjunta (artículo 156 CC).** La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores; puede haber desacuerdos:
 - *Desacuerdo simple.* Es cuando se produce sobre un único asunto. Lo resuelve el Juez, atribuyendo el poder decisorio al padre o a la madre, tras haberles oído a ellos y al menor si tuviere suficiente juicio.
 - *Desacuerdo reiterado.* Cuando se produce de manera reiterada sobre varios asuntos. Lo resuelve el Juez en un plazo no superior a dos años, dando una de las siguientes soluciones: atribuir totalmente el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres; atribuyéndosela parcialmente a uno de los padres; distribuyendo entre ellos las funciones.
- **Ejercicio unipersonal de la patria potestad.** Se dará en los siguientes casos:
 - Consentimiento del cotitular (expreso o tácito).
 - Conformidad con el uso social y las circunstancias.

Derecho Civil II.

Tema 4: Patria potestad (I).

- Caso urgente de necesidad.
- No convivencia de los padres. Tendrá la patria potestad aquél con el que conviva el hijo.

Siempre que uno de los progenitores no ostente la patria potestad, bien porque haya sido privado de ella, bien por no estar determinado legalmente,... el otro asume unipersonalmente su ejercicio.

C. Titular de la patria potestad menor de edad no emancipado. El menor no emancipado titular de la patria potestad, la ejercerá sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor.

- **EFFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES.**
- **CONTENIDO PERSONAL.**
- **DEBERES Y FACULTADES DE LOS PADRES.**

- **Velar por los hijos.**
- **Tenerlos en su compañía.** En el caso de matrimonios separados de hecho o no casados, tendrán que ponerse de acuerdo sobre quién se queda los hijos, sino lo decidirá el Juez.
- **Alimentar a los hijos.** Comprende tanto alimentos, como educación y formación integral.
- **Corregir razonable y moderadamente a los hijos.**

• DEBERES DE LOS HIJOS.

- **Deber de obediencia y respeto.** El deber de obediencia deriva de la patria potestad, pero el de respeto surge de la filiación, por lo que no se extingue con la patria potestad.
- **Deber de los hijos de contribuir con al levantamiento de las cargas familiares.**

• REPRESENTACIÓN LEGAL.

La representación legal corresponde a los que ejerzan sobre el hijo menor de edad la patria potestad. Si es sólo uno, sólo ese está determinado legalmente para representar al hijo.

El ámbito de representación comprende todos los actos judiciales y extrajudiciales; ejercicio de todos los derechos de que sea titular el menor y que admitan representación. Están fuera de este ámbito:

- **Los actos relativos al derecho de la personalidad.** Son los de honor, intimidad e imagen. Puede dar su consentimiento el menor si tuviere la suficiente madurez, sino, lo otorgará su representante legal que debe comunicárselo al Ministerio Fiscal.
- **Los actos que el hijo pueda realizar por sí mismo,** de acuerdo a su madurez y a las leyes.
- **Los actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.**
- **Artículo 162 CC:** *[] Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio,....*
- **Conflicto de intereses entre padres e hijos.** Si la oposición de intereses proviene sólo de uno de los progenitores, ostentará la representación legal el otro; si proviene de los dos, se nombrará un defensor judicial.

Derecho Civil II.

Tema 4: Patria potestad (I).

- **CONTENIDO PATRIMONIAL (ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DE MENORES).**
- **PROPIEDAD DE LOS BIENES DEL HIJO BAJO PATRIA POTESTAD.** El hijo que se encuentre bajo la patria potestad no tiene capacidad de obrar pero sí jurídica, por lo que es titular del derecho de propiedad y de los demás derechos que haya adquirido a título oneroso o gratuito o por su trabajo o industria.
- **DISFRUTE DE ESOS BIENES.** Los hijos deberán contribuir al levantamiento de las cargas familiares mientras convivan con ella.
- **ADMINISTRACIÓN DE LOS MISMOS.** La facultad de administrar los bienes del sometido a patria potestad es del titular de la misma. Excepciones:
 - Los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa.
 - Los adquiridos por sucesión en los que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad.
 - Los que el hijo mayor de 16 años hubiera adquirido por su trabajo o industria.
- **PODER DE DISPOSICIÓN.** El poder de los bienes del sometido a patria potestad, lo tiene el titular de la misma. El **artículo 166 CC** impone unas limitaciones a este poder de disposición:

- **Para enajenar o gravar los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios**, es preciso:
 - Causa justificada de utilidad o necesidad.
 - Autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, salvo que el menor sea mayor de 16 años.
- **Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares** (se necesitan los mismos requisitos que antes).
- **Para repudiar una herencia**, es precisa autorización judicial o consentimiento del hijo mayor de 16 años en documento público. Si el Juez deniega dicha autorización, la herencia sólo se podrá aceptar a beneficio de inventario.

El CC prevé (**artículo 167**) la posibilidad de que en los titulares de la patria potestad se dé una mala administración que pueda poner en peligro el patrimonio del hijo; en este caso, el Juez podrá:

- Adoptar las medidas necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes.
- Exigir caución o fianza para la continuación en la administración.
- Nombrar un administrador.

El Juez no actuará de oficio, sino a petición del menor, del Ministerio Fiscal o de un pariente.

- **RENDICIÓN DE CUENTAS.** Los padres tienen el deber de administrar correctamente el patrimonio de sus hijos mientras éstos se hallen bajo la patria potestad.

Derecho Civil II.

Tema 4: Patria potestad (I).

- **Artículo 168 CC:** *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 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.

- **Artículo 165 CC:** no se dará rendición de cuentas sobre el destino que den los padres a los bienes obtenidos por el hijo por su trabajo o industria, destinados al levantamiento de las cargas familiares.

Derecho Civil II.

Tema 5: Patria potestad (II).

TEMA 5: PATRIA POTESTAD (II).

- **EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.**

La extinción de la patria potestad implica la desaparición absoluta de la misma, a todos los efectos; puede darse también una desaparición relativa sólo respecto de uno de los cónyuges o respecto de los dos pero continuándola un tercero; puede desaparecer totalmente y constituirse la tutela.

Las causas de extinción son las siguientes:

- **Por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres (artículo 169.1° CC).** Sólo si fallecen ambos o se les declara incapaces, desaparece la patria potestad y se constituye la tutela.
- **Por la muerte o declaración de fallecimiento del hijo (artículo 169.1° CC).**
- **Por llegar el hijo a la mayoría de edad o por la emancipación del mismo (artículo 169.2° CC).**
- **Por la adopción del hijo (artículo 169.3° CC).** La patria potestad pasa al adoptante.
- **Por privación (artículo 170 CC).** La privación de la patria potestad se da en tres casos:
 - Por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.
 - Por sentencia dictada en casa criminal (cuando un condenado a pena grave es privado de la patria potestad).
 - Por sentencia dictada en causa matrimonial (casos de separación, nulidad o divorcio en los que se priva totalmente de la patria potestad a uno de los cónyuges, dándole toda la titularidad al otro).

Una vez extinguida la patria potestad se puede exigir la rendición de cuentas; aunque se extinga la patria potestad, no tiene porqué extinguirse el deber de alimentos recíproco entre padres e hijos.

• LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA.

Todo lo relativo a esto está descrito en el **artículo 171 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.*

La patria potestad prorrogada terminará:

- 1.º *Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.*
- 2.º *Por la adopción del hijo.*
- 3.º *Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.*
- 4.º *Por haber contraído matrimonio el incapacitado.*

Derecho Civil II.

Tema 6: Guarda y adopción.

TEMA 6: GUARDA Y ADOPCIÓN.

- **LA ADOPCIÓN; REQUISITOS, EFECTOS Y EXTINCIÓN.**
- **CONCEPTO Y NATURALEZA.**

La adopción, es el **acto de autoridad por el que se constituye la relación de filiación entre adoptante y adoptado**. Se tendrá siempre en cuenta en interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

- **REQUISITOS.**
- **REQUISITOS PERSONALES.**

- **Capacidad del adoptante.** Requisitos:

- Debe tener capacidad jurídica y capacidad de obrar.
- Debe ser mayor de 25 años y habrá de tener, al menos, 14 años más que el adoptado. Si los adoptantes son una pareja, sólo uno tiene que cumplir el requisito de tener 25 años, pero los dos han de tener al menos 14 años más que el adoptado (**artículo 175 CC**).

La **Ley de 11 de noviembre de 1987**, dice que las reglas que se establecen a los cónyuges para poder adoptar, se aplicarán igualmente al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente en relación de afectividad análoga a la conyugal.

El **artículo 175 CC** establece que no puede adoptarse a:

- Un descendiente.
 - Un pariente en 2º grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.
 - Un pupilo por su tutor hasta que no haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.
- **Capacidad del adoptado.** No se requiere más que la capacidad jurídica.

No cabe la adopción del *nasciturus* ya que la madre no puede dar el asentimiento de la adopción hasta 30 días después del parto.

El **artículo 175.2 CC** establece una excepción: *Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los 14 años.*

- **REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN.**

- **Requisito previo.** Para iniciar el expediente de adopción, es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante. Según el **artículo 176.2 CC** expresa que no se requerirá propuesta cuando en el adoptado concurren algunas de las circunstancias siguientes:

- 1.º Ser huérfano y pariente del adoptante en 3er grado por consanguinidad o afinidad.
- 2.º Ser hijo del consorte del adoptante.

Derecho Civil II.

Tema 6: Guarda y adopción.

3.º Llevar mas de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo.

4.º Ser mayor de edad o menor emancipado.

- **Expediente de jurisdicción voluntaria (artículo 1.825 ss LEC).** En este expediente, el Juez va a recabar lo siguiente:
- **CONSENTIMIENTO. Artículo 177.1 CC:** *Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de 12 años.*

- **ASENTIMIENTO. Artículo 177.2 CC:** *Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la LEC:*

1.º El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2.º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, aménos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación [].

No será necesario el asentimiento cuando los que deban presentarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

- **AUDIENCIA. Artículo 177.3 :** *Deberán ser simplemente oídos por el Juez:*

1.º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2.º El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

3.º El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

4.º La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.

- **Resolución judicial.** La adopción se constituye por resolución judicial. Se tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y las circunstancias de éste y el adoptante.

La resolución tiene forma de auto que es susceptible de apelación por ambas partes.

- **Inscripción en el Registro Civil.** La resolución judicial se inscribe en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento del hijo adoptivo, restringiéndose la publicidad registra en los casos de adopción.

- **EFFECTOS.**

- **RESPECTO DE LA FAMILIA POR NATURALEZA.**

- **Artículo 178 CC:** *1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.*

- *Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso:*

1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

Derecho Civil II.

Tema 6: Guarda y adopción.

2.º Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el padre o madre cuyo vínculo haya de persistir.

- *Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos*

matrimoniales.

• **ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO.** Se producen:

- **Relación de filiación** a todos los efectos, tanto matrimonial como extramatrimonial.
- **Parentesco entre la familia del adoptante y el adoptado.**
- **Apellidos.** Estarán determinados por la filiación adoptiva.
- **Los adoptantes tendrán patria potestad** a todos sus efectos; si falleciesen se constituiría la tutela.
- **Deber de alimentos.**
- **Derechos sucesorios** en sucesión forzosa e intestada.

• **EXTINCIÓN.**

• **DE CIERTOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.**

El **artículo 179 CC** prevé que se extingan ciertos efectos de la adopción sin extinguirse ésta, por ciertas causas, por petición de aquéllos a quienes se atribuye legitimación activa para ello.

Por otro lado, el **artículo 170 CC** define algunos de los efectos de la adopción que se pueden extinguir por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, por sentencia dictada en proceso criminal o por sentencia dictada en proceso matrimonial:

- La patria potestad en su contenido patrimonial y personal y la representación del menor.
- Los derechos que le correspondan respecto del adoptado o de sus descendientes.
- Los derechos pudieran corresponder a los adoptantes frente a los adoptados en sus herencias.

Tiene *legitimación activa*: el Ministerio Fiscal y el adoptado o su representante legal; si el adoptado tuviese capacidad de obrar plena, sólo él estaría legitimado.

• **IRREVOCABILIDAD.**

Según el **artículo 180 CC** la adopción es irrevocable, de manera que quedan protegidos los intereses de adoptantes y adoptados.

• **EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN.**

La adopción se extingue por **resolución judicial**, dictada en un proceso declarativo ordinario de menor cuantía en ejercicio de una acción de impugnación. Esta acción se concreta en la pretensión del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubieran participado en el expediente de adopción. Esto se sujeta a dos grandes limitaciones: caducidad en dos años y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

Derecho Civil II.

Tema 7: La protección del menor (I).

TEMA 7: LA PROTECCIÓN DEL MENOR (I).

• **LA TUTELA.**

• **FUNCIÓN TUTELAR.**

La persona mayor de edad con capacidad de obrar plena rige su persona y bienes por sí mismo y actúa en la vida jurídica personalmente. El menor de edad precisa que otro actúe siempre en el mundo jurídico en su nombre (representante legal). El **incapacitado** será siempre representado por el tutor, a no ser que se dé la patria potestad prorrogada o rehabilitada. En el caso de que haya confrontación de intereses o vacío legal, se

utilizará la figura de defensor judicial.

- **Función tutelar:** poder concedido por la Ley sobre la persona y bienes o solamente sobre una u otros de un menor incapacitado en beneficio y para la protección del mismo, bajo control judicial.

- **LA TUTELA.**

La tutela es subsidiaria a la patria potestad; la tutela implica, pues, que el tutor vela, cuida, alimenta y educa al tutelado; es su representante legal y administra su patrimonio.

- **PERSONAS SUJETAS A LA TUTELA.**

- **LOS MENORES NO EMANCIPADOS QUE NO ESTÉN BAJO LA PATRIA POTESTAD.**

Esta tutela será plena comprendiendo todos los derechos y obligaciones, bien respecto a la persona, bien respecto a los bienes de éste.

- **LOS INCAPACITADOS.**

Sólo se da la tutela en los incapacitados en dos casos:

- Los incapacitados sujetos a la patria potestad prorrogada, pasarán a una situación de tutela cuando cese la patria potestad por muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres (**artículo 171 CC**).
- La sentencia que establezca la incapacidad puede establecer a su vez la tutela sobre la persona y sus bienes y la extensión de la misma. La tutela se adaptará al grado de incapacitación que haya decretado la sentencia (**artículo 210 CC**).

- **LOS MENORES QUE SE HAYEN EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.**

Son considerados menores en desamparo, aquellos que no tiene la necesaria asistencia moral y material. Deberá aplicarse lo expuesto en los **artículos 172 ss. CC** en orden a la *tutela automática* y a la *guarda*, sin perjuicio de un posterior acogimiento residual o familiar que pueda desembocar en una adopción.

Derecho Civil II.

Tema 7: La protección del menor (I).

- **DELACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA.**

La **constitución de la tutela** conlleva, simplemente, el nombramiento de un tutor. Tendrán la obligación de promoverla, en el caso de que se dé el supuesto de la existencia de una persona que debe quedar sujeta a la misma, los parientes que puedan ser nombrados tutores y los que tengan bajo su guarda al menor o incapacitado. Además cualquier persona tiene facultad para poner en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal la necesidad de constituir una tutela. El Ministerio Fiscal puede promoverlo de oficio.

Para constituirla, el Juez oír a los parientes más próximos, a los que crea conveniente y al menor, si tiene más de 12 años o suficiente juicio. Mientras se tramita la constitución de la tutela, representará al menor, el Ministerio Fiscal y defenderá sus bienes el administrador que designa el Juez.

Se nombrará un solo tutor, que puede ser una persona física o una jurídica sin finalidad lucrativa y que tenga entre sus fines la protección de menores. También puede darse una situación de *cotutoría*, en los siguientes casos:

- Si se separan los cargos de tutor de la persona y de tutor de los bienes.
- Si el padre y la madre o el tío y su cónyuge son tutores del menor, ejercerán la tutela conjuntamente.
- Si se designa a varios tutores en testamento o en documento público notarial.

El Código civil regula a quién puede nombrar tutor el Juez; da una lista por orden de preferencia, aunque este orden se puede alterar en beneficio del menor:

- Al cónyuge que convive con el tutelado.
- A los padres.
- La persona que los padres hayan designado en testamento o en documento público.
- Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.
- A quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, el Juez considere más idóneo.
- Si se tratase de un menor desamparado, le corresponde a la entidad pública a la que le esté encomendada la protección de menores en ese territorio.

Una vez nombrado el tutor, el Juez le dará posesión de su cargo.

Derecho Civil II.

Tema 8: La protección del menor (II).

TEMA 8: LA PROTECCIÓN DEL MENOR (II).

- **INCAPACIDADES Y EXCUSAS PARA SER TUTOR.**
- **INCAPACIDADES.**
- **PUEDEN SER TUTORES...**

- Las personas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Mayores de edad y no incapacitados.
- Personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figuren la protección de menores e incapacitados.

- **NO PUEDEN SER TUTORES...**

- **Por inmoralidad...**

- Los que estén privados de la patria potestad.
- Los que estén suspendidos de la patria potestad.
- Los privados o suspendidos de forma total o parcial por resolución judicial de los derechos de guarda o educación.
- Los legalmente removidos de una tutela anterior.
- Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras cumplan condena.
- Los condenados por cualquier delito que haga suponer que no va a cumplir bien la tutela.

- **Por desconfianza...**

- Los que tengan mala conducta o una forma de vivir desconocida.
- Los que tengan enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
- Cuando haya importantes conflictos de intereses.
- Los quebrados y concursados, salvo que la tutela sea sólo de la persona.

- **Por imposibilidad...**

- Por imposibilidad absoluta de hecho.
- Personas que estén cumpliendo una pena privativa de libertad.
- Los excluidos expresamente por el padre o la madre en documento público o testamento.

- **EXCUSAS.**

- **PERSONAS FÍSICAS.** Por edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculo entre tutor y tutelado,...

- **PERSONAS JURÍDICAS.** Porque carezcan de los medios necesarios para la manutención del menor o incapaz.

La excusa se dirige al Juez dentro de los 15 días siguientes al conocimiento del nombramiento. Si la causa de la excusa es sobrevenida, se podrá presentar en cualquier

Derecho Civil II.

Tema 8: La protección del menor (II).

momento (esto no se admite en las personas jurídicas). Si la causa se rechaza, el tutor cargará con los gastos.

- **REMOCIÓN.**

Se puede remover el cargo de tutor, por nombramiento judicial de oficio o a instancia de parte, por los siguientes motivos:

- Causa de incapacidad especial.
- Incumplimiento de los deberes.
- Por ineptitud.
- Problemas de convivencia graves y continuados.
- **EJERCICIO DE LA TUTELA: OBLIGACIONES, DERECHOS Y ATRIBUCIONES DEL TUTOR.**

El Juez, tras dar posesión de su cargo al tutor, podrá obligarle a que le dé una **fianza** para asegurar que cumple bien sus obligaciones. También, el tutor, desde que toma posesión de su cargo, tiene un plazo de 60 días para un **inventario de los bienes del tutelado**.

El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o derechos que el Juez considere que no deban quedar bajo el cargo del tutor, se llevarán a un establecimiento.

Los gastos que se ocasionen correrán por cuenta de los bienes del tutelado.

El tutor podrá corregir al tutelado moderada y razonablemente y éste deberá obedecer y respetar al tutor.

- **DEBERES.** El tutor debe velar por el tutelado y...

- Procurarle alimentos.
- Educarlo y procurarle una formación integral.
- Promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su reinserción en la sociedad.
- Informar al Juez anualmente de la situación del tutelado y rendirle cuentas de su administración.

- **El tutor necesitará AUTORIZACIÓN JUDICIAL para:**

- Internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o educación especial.
- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y

valores mobiliarios de los menores o incapacitados, celebrar contratos o actos susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

- Renunciar derechos.
- Transgir o someter a arbitraje cuestiones en las que el tutelado estuviese interesado.

Derecho Civil II.

Tema 8: La protección del menor (II).

- Realizar partición de la herencia o división de la cosa común; requerirá, además, aprobación judicial.
- Aceptar sin beneficio de inventario una herencia.
- Repudiar una herencia o las liberalidades.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- Entablar una demanda en nombre del tutelado, salvo en casos urgentes o de escasa cuantía.
- Ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa.
- Dar y tomar dinero a préstamo del tutelado.
- Disponer a título gratuito de bienes y derechos del tutelado.
- Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

Antes de autorizar cualquier acto, el Juez oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuera mayor de 12 años.

El tutor puede tener derecho a una **retribución**, si los bienes del tutelado lo permiten; la fijará el Juez, no pudiendo exceder del 20% ni bajar del 4% del rendimiento líquido de los bienes del tutelado.

Sólo sus padres, y en disposición de última voluntad, podrán establecer que el tutor se quede con los frutos a cambio de prestar alimentos al tutelado.

Derecho Civil II.

Tema 9: La protección del menor (III).

TEMA 9: LA PROTECCIÓN DEL MENOR (III).

• ACTOS PROHIBIDOS.

Se **prohíbe** a quien desempeñe algún cargo tutelar:

- Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.
- Representar al tutelado cuando, en el mismo acto, intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

• EXTINCIÓN.

La tutela se **extingue** por las siguientes causas:

- Cuando el menor de edad cumple 18 años, a menos que anteriormente hubiera sido incapacitado judicialmente.
- Adopción del tutelado menor de edad.
- Fallecimiento del tutelado.

- Concesión al menor del beneficio de la mayoría de edad.
- Recuperación de la patria potestad por quien la ostentaba.
- Sustitución de la tutela por la curatela.

Cuando el tutor cese en sus funciones deberá **rendir cuentas** en un plazo de 3 meses, prorrogables por justa causa. La acción para la reclamación de la rendición de cuentas, prescribe a los 5 años. Los gastos necesarios para la rendición de cuentas corren a cargo del tutelado.

• INSCRIPCIÓN DE LA TUTELA.

La tutela debe inscribirse en el **Registro Civil** y mientras no se inscriba, no podrá ser oponible frente a terceros.

La inscripción se realizará en virtud de la comunicación que la Autoridad judicial deberá remitir, sin dilación, al encargado del Registro Civil.

Derecho Civil II.

Tema 10: La protección del menor (IV).

TEMA 10: LA PROTECCIÓN DEL MENOR (IV).

- LA CURATELA.
- CONCEPTO Y CARACTERES GENERALES.

La curatela es un complemento de la capacidad; la intervención del curador tendrá lugar en los actos en los que los menores, los pródigos o los incapacitados no pueden actuar por sí solos (**artículo 288 CC**).

El sometido a curatela no es el incapaz o incapacitado total sino aquella persona que tiene capacidad de obrar pero no plena.

Las **personas sometidas a curatela** son:

- Los menores de edad que carezcan de padres, o habilitados de edad, que tienen capacidad de obrar, pero con limitaciones en algunos actos.
- Los declarados pródigos. La sentencia que declare la prodigalidad determinará también los actos que el pródigo no puede realizar sin consentimiento del curador.
- Los incapacitados, en cuya sentencia de incapacitación se hayan determinado actos que requieren el complemento de capacidad dado por el curador.

• CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA.

La constitución de la curatela es siempre **judicial**; el Juez constituirá la curatela y nombrará al curador.

• SUJETOS.

- **No podrán ser curadores:**
 - Los quebrados.
 - Los concursados no rehabilitados.

Si el sometido a curatela lo hubiera estado anteriormente a tutela, será su curador el que fue su tutor.

Cuando el complemento de capacidad se refiere a los actos que los menores emancipados o habilitados de edad o pródigos no pueden realizar por sí solos, se denominará **intervención**. Cuando en complemento de capacidad se refiere a los actos del incapacitado parcial, se denominará **asistencia**. En ambos casos, la iniciativa debe ser del sometido a curatela; si éste no pide el complemento de capacidad que debe conferirle el curador, el acto que realice será **anulable**.

- **PROHIBICIONES.**

Los curadores no podrán realizar:

- Actos a título gratuito (recibir liberalidades del sometido a curatela).

Derecho Civil II.

Tema 10: La protección del menor (IV).

- Actos a título oneroso (adquirir o transmitirle bienes).
- Autorizar al sometido a curatela actos en que intervenga el mismo curador y exista conflicto de intereses.

- **EXTINCIÓN DE LA CURATELA.**

Las **causas de extinción de la curatela** son las siguientes:

- Porque el emancipado o el que ha obtenido el beneficio de la mayoría de edad, lleguen a dicha mayoría de edad realmente (18 años).
- Por dejarse sin efecto la declaración de prodigalidad.
- Por quedar sin efecto la declaración de incapacitación, recuperar la capacidad de obrar plena o modificarse la sentencia y quedar sometido a tutela.
- Adopción del sometido a curatela.
- Fallecimiento del sometido a curatela.

Derecho Civil II.

Tema 11: La protección del menor (V).

TEMA 11: LA PROTECCIÓN DEL MENOR (V).

- **LOS ALIMENTOS.**
- **CONCEPTO.**

Entendemos por **alimentos, todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica**. Los alimentos también comprenden la **educación e instrucción** mientras sea menor de edad y también después si no ha terminado su formación. Se incluyen los **gastos de embarazo y parto** si no están cubiertos de otro modo.

- **SUJETOS OBLIGADOS A DARLOS.**

Están **obligados** a darse alimentos recíprocamente:

- Los cónyuges.
- Los ascendientes y descendientes.

- Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida cuando el alimentista los necesite por causa no imputable. Se extenderá a las ayudas necesarias para la educación.

• RECLAMACIÓN

La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarlos, se hará por el siguiente **orden**:

- Cónyuge.
- Descendientes de grado más próximo.
- Ascendientes de grado más próximo.
- Hermanos.

Cuando recaiga la obligación de dar alimentos sobre dos o más personas, se repartirá el pago de la pensión de forma proporcionada a su caudal. En caso de urgente necesidad, el Juez podrá obligar a uno de ellos a que preste los alimentos provisionalmente, sin perjuicio de luego poder repetir contra los otros alimentantes.

Si hay dos o más alimentistas y una sola persona obligada a dar alimentos y éste no tiene caudal suficiente para alimentar a todos, se seguirá el orden anteriormente expuesto; tendrá preferencia el hijo sujeto a patria potestad.

La **cuantía** de los alimentos será proporcional al caudal del alimentante y a las necesidades del alimentista, por lo que se podrá modificar la cantidad de alimentos en función del aumento o de la disminución de estas variables.

No tendrán que devolverse las cantidades adelantadas por parte de los herederos en caso de fallecimiento del alimentista.

Derecho Civil II.

Tema 11: La protección del menor(V).

El derecho de alimentos **no es renunciable ni transmisible a terceros. Tampoco es compensable con lo que el alimentista debe al alimentante.**

Se puede compensar o renunciar a pensiones atrasadas; el derecho a demandar pensiones atrasadas se puede transmitir a título oneroso o gratuito.

• EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.

La obligación de dar alimentos **cesará**:

- Cuando la fortuna del alimentante se haya reducido hasta tal punto de no poder satisfacer al alimentista sin desatender sus propias necesidades o las de su familia.
- Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya mejorado su fortuna y ya no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.
- Cuando el alimentista sea heredero forzoso o no haya cometido alguna falta que le suponga la desheredación.
- Por muerte del alimentista.
- Cuando el alimentista sea descendiente del alimentante y esté en esa situación por mala conducta o por falta de aplicación en el trabajo (no habrá obligación de prestar alimentos mientras se siga en esa causa).

* **Posesión de estado:** relación del hijo con el padre o madre o ambos en concepto de tal hijo, manifestada de forma continua, ininterrumpida, continuada y pública.