

## RESUMEN

Cuando los padres conviven suelen decidir de forma consensuada los aspectos más relevantes en torno a sus hijos como, por ejemplo, la elección de colegio, la práctica de una religión, o el sometimiento a intervenciones médicas, decisiones que se toman teniendo en cuenta la opinión de menores y adolescentes.

La toma de esas decisiones constituye parte del contenido de la patria potestad, que habitualmente se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores, aunque puede hacerlo uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en casos de urgente necesidad.

Si quiebra la convivencia, los hijos quedarán en compañía de uno u otro y el ejercicio de los derechos y deberes que confiere la patria potestad adquiere una nueva dimensión.

En estos casos, la patria potestad será ejercida por quien el hijo conviva, si bien, judicialmente, podrá acordarse que se ejerza de forma conjunta o distribuir las funciones entre ambos progenitores.

Cuando por la quiebra de la convivencia se tramita un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, el Código Civil obliga a que la resolución que se dicte regule el ejercicio de la patria potestad.

En situaciones de no convivencia los menores pasarán un tiempo con cada progenitor, surgiendo el concepto de guarda y custodia y el problema de determinar qué decisiones concretas puede tomar por sí solo quien los tiene en su compañía (cuestiones de poco calado como dar permiso para acudir a casa de un amigo, etc.) y cuáles necesitan del consenso de los dos por estar comprendidas en el ámbito de la patria potestad (sometimiento a tratamientos médicos, elección del domicilio, etc.).

En el presente trabajo, se trata de dotar de herramientas a los operadores jurídicos recogiendo las novedades respecto al ejercicio de la patria potestad, sistematizándolas y estudiando aspectos novedosos como la posibilidad de la toma de decisiones respecto a los menores por la nueva pareja del progenitor.

## Capítulo primero.

El primer capítulo se dedica al estudio de la patria potestad, diferenciándola de otras instituciones y, el segundo, a la guarda y custodia.

Resulta crucial la distinción entre ambas como presupuesto para establecer, en caso de vida separada de los progenitores, qué puede hacer un padre por sí solo y qué necesita del concurso de ambos.

Se estudian en primer lugar los caracteres de la patria potestad, concepto de orden público como institución básica de la estructura familiar, y que al derivar de la filiación tiene idénticos caracteres que los estados civiles de la persona y, por tanto, es intrasmisible, irrenunciable e imprescriptible.

En cuanto a los contenidos, se analizan los artículos 154 y 155 Código Civil (CC).

El artículo 154 CC menciona como deberes y facultades que comprende la patria potestad en su vertiente personal el velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, y procurarles una formación integral, oyéndolos siempre si tuvieren suficiente madurez antes de adoptar las decisiones que les afecten.

Por otra parte, el artículo 155 CC menciona como deberes de los hijos el obedecer a sus padres mientras se encuentren bajo su potestad y respetarles siempre, y la obligación de contribuir de acuerdo a sus posibilidades al levantamiento de las cargas familiares mientras convivan con sus padres.

Respecto al ámbito patrimonial, son objeto de estudio los artículos 164 a 168 CC, que regulan los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos.

Se parte de la facultad de administración de los bienes de los hijos por parte de sus padres, detallando los excluidos, a saber: los adquiridos a título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa, los adquiridos por sucesión en que los padres hubieran sido desheredados o no hubieran heredado por indignidad, o los adquiridos por el hijo mayor de dieciséis años con su trabajo e industria.

Actualmente el CC otorga al hijo no emancipado la propiedad de los frutos de sus bienes, y todo aquello que adquiera con su trabajo o industria.

A pesar de la potestad de administración de bienes se regula de forma expresa su disposición en el artículo 166 CC, precisando determinados actos de causa justificada de utilidad o necesidad, y autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres no pueden 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 autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (por el procedimiento regulado en los artículos 61 a 66 Ley de Jurisdicción Voluntaria, en adelante LJV), y deben recabar autorización para repudiar la herencia o legado deferidas al hijo (por el procedimiento regulado en los artículos 93 a 95 LJV), pudiendo aceptar la herencia únicamente a beneficio de inventario si se deniega.

No es necesaria la autorización si el menor tiene más de dieciséis años y consiente en documento público, ni para enajenar valores mobiliarios, si su importe se reinvierte en bienes o valores seguros.

Otro aspecto contemplado en el ámbito patrimonial es el de la cesión inexcusable de parte del patrimonio entre padres e hijos. La institución de la legítima implica la obligación paterna de ceder *mortis causa* parte de su patrimonio de forma inexcusable a sus hijos, deber recíproco por cuanto los padres también pueden heredar de los hijos, aunque los ascendientes únicamente heredan en defecto de descendientes, constituyendo la de los padres una obligación reforzada.

La legítima cuenta con acciones específicas de protección en la normativa civil. Si se omiten todos los descendientes quedan anuladas todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, y si únicamente lo son algunos, se anula la institución de herederos, pero se respetan las mandas y legados si respetan el tercio de libre disposición, siendo reducidos si lo superan.

La acción de preterición tiene por objeto anular las disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, siendo presupuesto que el

preterido sobreviva al causante, pues el artículo 814.4 CC establece que, si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surte todos sus efectos.

Si el legitimario que ve mermada la intangibilidad cuantitativa de su porción no logra mediante la acción de complemento su pretensión, deberá de instar la acción de reducción.

La acción de reducción se aplica cuando la masa hereditaria no es suficiente para cubrir la legítima, y tiene su origen en las donaciones realizadas en vida del testador o en el exceso de legados otorgados en testamento.

Los padres tienen potestad para representar a sus hijos, que abarca todos los actos judiciales y extrajudiciales que competen al menor.

Esta potestad de representación conjunta ha sido pacífica para la jurisprudencia, al considerar la representación y administración de los bienes de los hijos menores un deber y facultad de ambos si la patria potestad es compartida, con base en los artículos 154, 162 y 164 CC.

Como en la administración de los bienes filiales, existen excepciones a la representación: los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo (se estudia la prestación de consentimiento por parte de los menores para la realización de determinados actos, tanto de carácter médico como social), los actos en los que existe conflicto de intereses entre padres e hijos (analizando la doctrina de la DGRN y del TS acerca de las situaciones que se pueden considerar de conflicto), y la de los bienes excluidos de la administración de los padres (el hijo debe prestar su consentimiento si tiene suficiente juicio para la celebración de contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales).

## Capítulo segundo.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo la distinción entre titularidad y ejercicio, y consagró un sistema de titularidad dual y ejercicio conjunto, que correspondían en igualdad de condiciones al padre y a la madre, sistema vigente actualmente, con la salvedad de la modificación operada por la Ley

13/2005 posibilitando la titularidad y ejercicio de la patria potestad por personas del mismo o de distinto sexo.

La titularidad dual y ejercicio conjunto suele darse en la mayoría de familias, pero existen muchos supuestos donde únicamente un progenitor ostenta la titularidad, o ambos son titulares pero únicamente uno desempeña el ejercicio. En el trabajo se distingue entre los conceptos de titularidad y ejercicio de la patria potestad.

A tenor del artículo 154 CC, la titularidad de la patria potestad atribuye una serie de deberes y facultades que constituyen el contenido de la patria potestad (velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes), pero esa titularidad estaría vacía de contenido si no se pudiera llevar a la práctica. Así, podría definirse el ejercicio como la puesta en práctica de los deberes y facultades que integran el contenido de la patria potestad.

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la patria potestad corresponde a los dos padres pero no siempre van a actuar en todo a la vez, ni van a tener en todo la misma opinión, el tema principal del ejercicio de la patria potestad está en señalar: qué puede hacer cada padre, qué necesita de los dos, cómo llegar a una decisión en caso de desacuerdo, y en qué casos el ejercicio pasa entero o en parte a uno solo de los padres o se divide entre ambos.

La regulación respecto al ejercicio puede parecer bifronte, pues tanto el artículo 92.4 como el 156.5 CC parten, inicialmente, del ejercicio conjunto de la patria potestad, con la posible atribución a uno de los progenitores, pero el primer precepto es especial al regular los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio, y el segundo se refiere a las disposiciones generales de las relaciones paternofiliales, por lo que tendría carácter general.

La distinción entre titularidad y ejercicio obliga a deslindar los conceptos y determinar cuál será el contenido de la titularidad si uno de los padres se ve apartado del ejercicio.

La titularidad no aparece definida de forma explícita en el CC, por ello, el concepto ha sido objeto de delimitación doctrinal como la posesión en abstracto de las facultades y deberes de la patria potestad, y la ostentan los dos progenitores, aunque no vivan juntos. El ejercicio es el desarrollo

de la titularidad, su plasmación en la práctica, su vertiente activa, que permite participar y decidir en los asuntos atinentes a la vida del menor.

Ambos conceptos corresponderían respectivamente a una perspectiva estática y dinámica de la misma figura, pues la mera titularidad implicaría asumir unos deberes con respecto al hijo de los que no se puede liberar, si no es por la pérdida de la patria potestad, y el ejercicio haría referencia a la iniciativa, dirección, o realización material de funciones que integran el contenido de la potestad y requieren de relación inmediata con el hijo (educación, vigilancia o administración de bienes).

La patria potestad puede ser objeto de situaciones excepcionales, bien porque persiste a pesar de la mayoría de edad de los hijos, se recupera tras haber finalizado por la mayor edad, o al incumplir los padres los deberes inherentes a la misma poniendo en peligro el bienestar de los menores, intervienen los poderes públicos restringiendo, suspendiendo o privándoles de ella.

El capítulo finaliza con el estudio de los diversos tipos de actuación, ejercicio y titularidad individuales.

El CC admite de forma expresa la actuación de un progenitor con el consentimiento del otro.

Al encontrarse el artículo 156 CC en el Capítulo I (Disposiciones Generales) del Título VII (De las relaciones paternofiliales), debe interpretarse que se aplica a todos los aspectos de la patria potestad y, por tanto, esa actuación individual con consentimiento sería válida tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y en la representación.

Un padre puede actuar con el consentimiento del otro. Este ejercicio con consentimiento hay que entenderlo enmarcado en supuestos de actuación conjunta en que los progenitores conviven, pero por facilitar y agilizar el ejercicio de determinados actos los realiza uno sólo. Se trataría de un supuesto de solidaridad, donde uno de los ejercientes actuaría por los dos.

También pueden llevarse a cabo actos por un solo progenitor conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, reflejo de la voluntad del legislador de facilitar el ejercicio de la patria potestad.

Cuestión crucial sería delimitar qué se puede entender por uso social, siendo considerados como tales los actos cotidianos, ordinarios, y de escasa importancia que realiza habitualmente cualquiera de los progenitores y que son comunes al grupo social genérico en que se vive.

En cuanto a las situaciones de urgente necesidad, la tolerancia de las actuaciones individuales, tienen como finalidad la protección del interés superior de los menores en los casos donde no sea posible asumir la dilación.

El último supuesto es el ejercicio por un progenitor en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro.

La expresión en defecto se refiere a la falta de un progenitor bien sea por muerte o declaración de fallecimiento, por tratarse de una familia monoparental o por no haberse determinado la filiación respecto al que falta, aunque también es aplicable a los casos de privación o exclusión de la patria potestad.

El término guarda y custodia fue incorporado al lenguaje legislativo con la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que, en su artículo 748.4, al delimitar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Título I, del Libro IV de la LEC, decía que eran aplicables a “los que versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

Más tardía fue la introducción de la guarda y custodia compartida, producida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, mediante el tenor dado al artículo 92 CC.

Pueden distinguirse tres modalidades de guarda y custodia, atendiendo principalmente a los tiempos de estancia de los menores con cada progenitor, pues de la clásica atribución a uno de ellos de la custodia individual de sus hijos con un régimen de visitas para el otro, se ha pasado a una ampliación progresiva del tiempo que los hijos pasaban con el no custodio, hasta prácticamente llegar a un reparto equitativo en gran parte de las crisis de pareja.

Desde 2013 el TS estableció doctrina considerando la guarda y custodia compartida como modelo normal e incluso deseable, en base al mejor interés de los menores y fijando los criterios a tener en cuenta.

Ello no es óbice para que se excluya la custodia compartida en situaciones como la contemplada en el artículo 92.7 CC, que establece como causa de exclusión *ex lege* el estar incurso cualquiera de los padres en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge, o de los hijos que convivan con ambos, o que el Juez advierta de las pruebas practicadas y de las alegaciones de las partes indicios fundados de violencia doméstica.

La guarda y custodia compartida lleva implícito el concepto de corresponsabilidad parental, definida como un modelo de maternidad y paternidad compartida que posibilita unas relaciones más igualitarias y nuevos modelos de socialización en la educación de los hijos. Su consecución requiere que se reorganice la distribución de roles entre hombres y mujeres y que se adquieran compromisos tanto en las tareas cotidianas como en el soporte económico de la familia y en la educación de los hijos. No se trata de asumir la realización de una tarea como una colaboración, sino de pasar a un sistema de reparto equilibrado.

Ejemplo de colaboración sería el ejercicio de algunas labores como recoger a los niños de las actividades extraescolares porque se ve que el otro no puede asumirlo todo, y su traslación a un sistema de reparto y corresponsabilidad de ambos sería ir a por los niños porque el otro está preparando la cena, o hacer la compra mientras el otro los lleva al médico.

Es un término que surge a consecuencia de las obligaciones que impone a los progenitores el artículo 154 CC, lo hace sin distinguir sexos, y ha sido adoptado por la normativa comunitaria desde la publicación del Reglamento Bruselas II bis, que habla de responsabilidad parental, de lo que no ha tomado nota el legislador español, que sigue utilizando el término patria potestad a pesar de haber reformado en varias ocasiones desde 2003 la normativa en materia de familia.

La resolución de los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad se regula en el artículo 156 CC, que no atribuye al Juez la posibilidad de tomar la decisión referente al menor, aunque lo hará de forma indirecta, porque otorgará esa posibilidad de decisión a uno de los progenitores después de haber escuchado la postura de cada uno de ellos.

Se prevé de forma expresa que, para el caso de que se produzcan desacuerdos reiterados, el Juez podrá atribuir el ejercicio de forma total o parcial de la patria potestad a uno de los progenitores o distribuir



entre ambos sus funciones, medida que sólo tendrá vigencia por el plazo que se fije y con un máximo de dos años. Ése último inciso garantiza, a mi juicio, el mejor interés de los menores, a fin de que su vida diaria no sea judicializada por las continuas desavenencias de sus padres.

Se analizan dos figuras de aplicación para la resolución de esas controversias, ambas sin demasiada trayectoria temporal en nuestro país: el coordinador de parentalidad y la mediación.

La figura de la mediación cuenta con regulación estatal, refiriéndose la ley a los ámbitos civil y mercantil en general y con normativa autonómica concreta en materia de familia. Por el contrario, el coordinador de parentalidad únicamente se regula en los derechos forales, por lo que resulta obligado el estudio de su encaje legal en España, así como sus facultades y deberes.

#### Capítulo cuarto.

En el capítulo cuarto, se analizan cinco supuestos problemáticos en el ejercicio de la patria potestad: (i) el cambio de domicilio unilateral por el progenitor custodio, (ii) la responsabilidad civil del guardador por los actos que realicen sus hijos mientras estén en su compañía, (iii) el ejercicio de la patria potestad por la nueva pareja del progenitor en caso de familias reconstituidas, (iv) el desacuerdo en la elección del nombre del hijo común, y (v) los conflictos por la recogida de los menores por personas distintas al progenitor y su estancia con familiares y allegados.

La fijación del domicilio de los menores debería ser acordada de común acuerdo entre los progenitores y el cambio realizado de forma unilateral tiene implicaciones importantes, sobre todo, en lo relativo al régimen de guarda y custodia, que debe ser adaptado a la nueva situación. En este sentido, uno de los supuestos más problemáticos es el traslado al extranjero y la sustracción internacional de menores.

Se realiza una exégesis de resoluciones que permite alumbrar la postura de nuestros Juzgados y Tribunales sobre el cambio de domicilio realizado de forma unilateral, reservando el estudio del traslado al extranjero para el epígrafe dedicado a la sustracción internacional de menores.

Existen decisiones jurisprudenciales, en ambos sentidos, encontrando razonamientos al respecto sobre todo en sentencias que se dictan en procedimientos de modificación de medidas que interpone el progenitor no custodio frente al cambio de domicilio unilateral de los menores por parte del progenitor custodio.

Es pacífico el carácter civil de las consecuencias del cambio unilateral de domicilio, sin que se puedan atribuir consecuencias penales a dicho acto (salvo en casos tasados).

Sentado el carácter civil de las consecuencias del cambio de domicilio unilateral por parte del progenitor custodio, es criterio unánime el respeto al interés superior de los menores, basándose prácticamente todas las resoluciones en los informes del equipo psicosocial de cada Juzgado o en las pruebas periciales psicológicas aportadas para decidir qué medidas son las que garantizan dicho interés.

Partiendo de esas premisas (ausencia de penalidad y resolución en base al interés de los menores) existen dos grupos de sentencias: aquellas en que se autoriza el cambio de domicilio decidido unilateralmente porque se considera que es beneficioso para los menores, o que un nuevo cambio de domicilio sería más perjudicial que mantener la situación consolidada, y aquellas en que no se autoriza el cambio de domicilio porque se considera que el cambio de entorno perjudica a los niños.

En cuanto al traslado de la residencia de menores al extranjero, el TS ha declarado como doctrina que puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo custodia del progenitor que se traslada, existiendo normativa tanto intracomunitaria como internacional, que regula los casos de traslados ilícitos de menores entre países, estudiada en el trabajo.

Puede darse el caso de que una pareja, en procedimientos de mutuo acuerdo, decidiera pactar mediante convenio regulador aspectos como la obligación de residir o de no hacerlo en determinado lugar o, incluso, prohibir residir con otra persona.

Cabría preguntarse sobre la admisibilidad de estos acuerdos, por cuanto pudieran establecer limitaciones a derechos fundamentales contraviniendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 1255 CC (en cuanto que señala que los acuerdos no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden

público). En este sentido, el artículo 90.2 CC obliga a jueces y notarios a rechazar acuerdos dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos.

En la jurisprudencia se han tratado estas eventualidades y, por lo general, no se admiten limitaciones impuestas a uno de los cónyuges, pero sí que lo hacen cuando el acuerdo, lejos de parecer una imposición, tiene apariencia de compromiso por parte de un miembro de la pareja aceptado de forma libre.

La responsabilidad civil de los padres por los daños ocasionados por sus hijos menores se encuentra regulada tanto en la normativa civil como en la penal, atendiendo a la edad del autor y al carácter civil o penal del acto que causa el daño.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) se aplica para el caso de que un menor de entre 14 y 18 años realice un acto que se tipifique como delito en el Código Penal (CP) o las leyes penales especiales y ese acto haya causado un daño. En su artículo 61.3, la LORPM establece la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho, por este orden, si bien, si no se ha favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia cabe la moderación de su responsabilidad por parte del Juez.

También, en el orden penal, hay que tener en cuenta que el CP, en su artículo 120, declara responsables civiles a los padres y tutores por los daños causados por sus hijos mayores de 18 años que estén sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, supeditado a que haya mediado por su parte culpa o negligencia.

En el CC, aplicable a los casos en que el daño sea causado por un hijo menor de 14 años, o por un hijo mayor de 14 pero menor de 18 años siempre que el acto no revista caracteres de delito, se establece en el artículo 1903 la responsabilidad de los padres por los actos de los hijos que se encuentren bajo su guarda, pudiendo liberarse de dicha responsabilidad cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Una primera apreciación que diferencia ambos regímenes de responsabilidad es que la LORPM permite la moderación de la responsabilidad cuando no se haya favorecido la conducta del menor

con dolo o negligencia y, por el contrario, el CC únicamente permite exonerar a los padres de responder cuando prueben que obraron con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, lo que en gran número de casos será difícil de realizar, constituyendo una suerte de *probatio diabolica*.

Otra diferencia es que la LORPM establece un orden de responsables solidarios que comienza con “los padres”. Así, hemos de entender que hace referencia a ambos padres, sin tener en cuenta si viven juntos o separados, siendo diferente la redacción del CC que atribuye la responsabilidad por los actos de sus hijos a los padres bajo cuya guarda se encuentren. En muchas ocasiones, la clave de bóveda de la atribución de responsabilidad se encuentra en el concepto de guarda.

Como hemos estudiado, guarda y custodia y patria potestad, son diferenciables, pues la primera constituye parte de la segunda, y la atribución de responsabilidad que realiza el artículo 1903 CC, se refiere a la guarda, no a la patria potestad, cuestión importante, toda vez que en los casos de vida separada de ambos padres se suele conservar la patria potestad por parte de ambos, pero la guarda se ejerce de forma alternativa según con quien se encuentre el menor en cada momento.

Así, de acuerdo a la dicción del artículo 1903 CC, debería de responder únicamente el progenitor bajo cuya guarda se encuentre el menor cuando cometió el acto.

El TS ha interpretado que la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos es una responsabilidad por culpa, pero ha exigido de forma rigurosa la prueba de que se había actuado con la diligencia debida para evitar el daño, por lo que resulta prácticamente imposible liberarse de responsabilidad. Prueba de ello es que desde la STS de 17 de junio de 1980, se considera que la responsabilidad de los padres tiene carácter de objetiva o por riesgo, a fin de conseguir una reparación segura. Esta consideración se confirma en la STS de 22 de septiembre de 1984, cuando afirma que la responsabilidad civil de los padres que dimana de los actos realizados por hijos que se encuentran bajo su potestad se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que les incumbe, estableciendo el legislador una presunción de culpa en quien desempeña la patria potestad, e insertando un matiz objetivo en la responsabilidad.

Se produce así una inversión de la carga de la prueba, justificando la atribución de responsabilidad por la transgresión del deber de vigilancia respecto de los hijos, sin que quepa oponer la falta de imputabilidad del menor autor del hecho (pues se responde por la culpa del guardador al incumplir el deber de vigilancia), ni que el padre no se halle presente cuando se comete el hecho, pues en ese caso estaríamos ante la ausencia total de responsabilidad civil respecto de hechos cometidos por menores.

En situaciones de no convivencia de los padres, cabe preguntarse si responderán uno o ambos por los actos de sus hijos, y para obtener la respuesta hay que volver a hacer referencia a la doble regulación normativa, pues si el hecho del que deriva la responsabilidad constituye infracción penal, la LORPM, en su artículo 61.3 excluye cualquier causa de exoneración de los padres, incluso del no conviviente, consagrando una responsabilidad directa, objetiva y solidaria, a fin de garantizar la reparación a la víctima.

Sin embargo, es más complejo el caso de la responsabilidad derivada del artículo 1903 CC, puesto que en los supuestos de no convivencia de los padres, por lo general, se habrán establecido bien mediante sentencia de nulidad, separación o divorcio o bien mediante sentencia de adopción de medidas paternofiliales, pautas que regulen el ejercicio de la responsabilidad parental, compartiendo normalmente la titularidad de la patria potestad, así como su ejercicio, y estableciendo un régimen de guarda y custodia, de forma que los menores pasarán un tiempo con cada uno de los progenitores, ello a salvo de que alguno de ellos se vea privado o suspendido en su patria potestad.

Del tenor del artículo 1903 CC parece claro que se adopta un concepto de guarda que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visitas (STS de 11 de octubre de 1990, citada posteriormente en muchas resoluciones), y esa es la tendencia jurisprudencial más habitual, descargando la responsabilidad en el padre que ostentaba la guarda en el momento del hecho.

En la actualidad, las relaciones entre padres e hijos han cambiado y el nivel de control, por lo general, se ha reducido por las circunstancias educativas y socioeconómicas, existiendo un grado de vigilancia menor al que existía históricamente y diferente al que tuvieron en mente los legisladores de 1889, cuando la mayoría de edad se alcanzaba más tarde.

La responsabilidad por hecho ajeno que consagra el artículo 1903 CC supone un régimen de atribución de responsabilidad autónomo del establecido en el artículo 1902 CC, aunque ambos preceptos establecen una responsabilidad de carácter subjetivo o por culpa. No obstante, los tribunales prácticamente han objetivado la responsabilidad por los daños causados por los hijos que se tengan bajo guarda, al hacer prácticamente imposible que se pruebe que se actuó con la diligencia necesaria, respondiendo los padres por culpa *in vigilando* o *in educando*.

Corresponderá la responsabilidad a ambos padres de forma solidaria en situaciones de convivencia, pero en situaciones de vida separada de los progenitores, por lo general, responderá aquel que tuviera al menor bajo su guarda en el momento del hecho dañoso, pudiendo responder también otros familiares para el caso de que el menor se encuentre bajo su guarda, aunque en determinados casos se ha responsabilizado al progenitor que no ostentaba la guarda en el momento del hecho por culpa *in educando*.

En el orden penal, la LORPM, en su artículo 61.3, excluye cualquier causa de exoneración de los padres, incluso del no conviviente, consagrando una responsabilidad directa, objetiva y solidaria, a fin de garantizar la reparación a la víctima; pero a diferencia del orden civil, es posible la moderación si no se ha favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia.

Una situación común a día de hoy no regulada en el Derecho Común es la de las familias reconstituidas, con incidencia tanto en la pensión de alimentos como en el régimen de guarda y custodia o atribución de la vivienda familiar. Cuestión clave para esta investigación es la toma de decisiones respecto a los menores por parte de la nueva pareja del progenitor, únicamente regulada en el ordenamiento foral catalán.

No hay un claro consenso respecto a qué considerar familia reconstituida ni a qué vocablo utilizar para referirse a ellas.

La traducción del término anglosajón *stepfamily* sería literalmente familiastra, palabra que en español tiene connotación negativa por su sufijo y una fonética poco afortunada. En países de habla hispana como Argentina se han denominado familias ensambladas o amalgamadas, pero en España se ha generalizado la expresión reconstituidas.

Algunos autores las definen como el grupo formado por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos, al menos, de uno de ellos, y si los hay, los hijos comunes.

Las variantes de familias reconstituidas son inabarcables, pues podemos pensar en hombres sin hijos que se unen a mujeres con hijos, mujeres sin hijos que se unen a hombres con hijos, madres y padres que ya traen a sus respectivos hijos a la unidad familiar, y cualquiera de las anteriores con hijos comunes.

Además, el espectro se amplía si tenemos en cuenta que, en cada tipo básico de los descritos, puede haber matrimonio o unión de hecho, filiación biológica o adoptiva, o ser la pareja homosexual o heterosexual.

Desde el punto de vista de la psiquiatría, se asevera que las familias reconstituidas nacen de la pérdida, pues sus puntos de partida suelen ser la muerte de uno de los progenitores o el cese de la vida en común, por ello, han de aprender a gestionar el duelo que acarrea toda pérdida y adaptarse a los cambios que supone.

Nuestro análisis tiene como objetivo las consideraciones jurídicas a tener en cuenta en estos núcleos familiares, diferentes en muchos aspectos a las que atañen a la familia convencional, entendida como la compuesta por un progenitor y sus hijos o dos progenitores y sus hijos comunes.

El estudio se justifica porque en la actualidad, fruto de la libertad de establecimiento de modelos de convivencia, las familias reconstituidas no son una rareza. Ya en 2001, constituían el 3.6% de los núcleos familiares en España.

Estas familias tienen peculiaridades: el número de hogares sin hijos comunes formados por mujeres con hijos es casi el doble que los formados por hombres, es decir, hay más familias formadas por mujeres con hijos a las que se une un hombre que al revés; la edad de los hijos que conviven en el domicilio de una familia reconstituida suele ser menor de veinte años; y es también mayor que en la familia convencional la presencia de extranjeros (el 5% de los hogares censados).

En las familias convencionales, las adaptaciones al cambio que supone el nacimiento de hijos son graduales, situación que contrasta con la que se produce cuando se constituye una familia reconstituida, en que la

nueva pareja del progenitor no sabe muy bien cuál es su papel respecto a los hijos de éste, y los menores tampoco tiene claro el estatus del nuevo miembro de su hogar.

En la familia formada por progenitores y sus hijos está claro a quien corresponden las obligaciones parentales y qué incluyen, pero en el caso de familias reconstituidas el derecho (a excepción de algunos forales) guarda silencio, por lo que es necesario estudiar qué facultades o atribuciones tiene la nueva pareja del progenitor sobre los hijos menores de éste.

En el Derecho Común, la única referencia es la que realiza el artículo 1362.1 CC respecto a los gastos que se originen por la alimentación y la educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar, que correrán a cargo de la sociedad de gananciales, si bien, al encontrarse incardinado en la regulación de la sociedad de gananciales, únicamente afectaría a las parejas reconstituidas que han contraído matrimonio.

Ante la ausencia de regulación, una de las posibilidades por las que puede optar la nueva pareja del progenitor es la adopción de los hijos de éste, deviniendo legalmente padre. La adopción requiere del asentimiento del otro progenitor (si vive) o, si no es necesario, su audiencia, y el consentimiento del adoptando mayor de doce años, sin que sea necesaria la propuesta previa de idoneidad emitida por la entidad pública (artículos 176 y 177 CC). Por ello, queda reducida al caso de que la filiación esté determinada respecto a un solo progenitor o el otro haya fallecido o haya sido privado o excluido de la patria potestad.

La adopción es irrevocable y extingue los vínculos del adoptado con su familia de origen, salvo que sea hijo del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad, aunque el consorte o la pareja hayan fallecido, o si sólo un progenitor ha sido legalmente determinado, siempre que la persistencia del vínculo la soliciten el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor (artículo 178 CC).

La otra opción es el reconocimiento de complacencia, contemplado en el artículo 120.2 CC, quedando determinada la filiación cuando una persona reconoce su condición de progenitor ante el encargado del Registro Civil, en testamento, u otro documento público, pero hay que señalar que es impugnabile por vicio en el consentimiento (artículo 136



CC), o por falta de veracidad biológica (artículo 140 CC). Esa revocabilidad puede ser causa de perjuicios para el menor que había sido reconocido pues supone la desaparición de sus derechos de alimentos y sucesorios, por no mencionar los posibles daños de carácter afectivo.

La falta de regulación de este tipo de familias es causa de la ausencia de derechos, como los permisos de orden laboral, y de la imposibilidad de tomar decisiones en materia sanitaria, educativa o en cualquier otra cuestión de patria potestad, pues la nueva pareja del progenitor únicamente tiene con los hijos de aquel la condición de allegado, que comprende a toda aquella persona con la que el menor tenga una relación efectiva.

A favor de la necesidad de regular el ejercicio de la patria potestad en las familias reconstituidas pueden invocarse el principio de protección de la familia del artículo 30 CE.

Actualmente, el sistema familiar es plural y, desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

Además, el modelo familiar ha de garantizar el interés superior del menor, desarrollado por la LPJM en el sentido de que se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas, como emocionales y afectivas.

Como hemos indicado, en el Derecho Común, al margen de la mención del artículo 1362.1 CC sobre gastos a cargo de la sociedad de gananciales, no existe referencia alguna a las familias reconstituidas por lo que jurídicamente tendríamos que enmarcar a la nueva pareja del progenitor en la figura del guardador de hecho, regulada en el artículo 303 y ss. CC.

Sí que aborda la cuestión el Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), que posibilita compartir el ejercicio de la autoridad familiar en determinadas condiciones: el menor ha de convivir con el progenitor y su nuevo cónyuge; debe ser cónyuge del progenitor, sin que se extienda

el supuesto a las parejas de hecho; y el progenitor debe ser el único titular de la autoridad familiar, lo que supone que el otro progenitor ha fallecido o ha sido privado de la titularidad. Se comparte el ejercicio, no la titularidad.

También el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (CCCat) lo regula, pero ampliando tanto los supuestos como las facultades que otorga. No únicamente se refiere al cónyuge del progenitor sino también a su pareja estable, no requiere que el otro progenitor de los menores haya fallecido o haya sido privado de la patria potestad, sino que sigue ostentando su titularidad y ejerciéndola, y no supone compartir el ejercicio sino participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria, estableciendo un criterio de prelación a favor del progenitor sobre su nueva pareja para el caso de discrepancias, sin que sea necesario en ese caso someter la controversia al juez.

Además, en caso de fallecimiento del progenitor que ostentaba la guarda, se puede atribuir judicialmente dicha guarda de forma excepcional y con informe del Ministerio Fiscal al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, siempre que se justifique el interés del menor y haya habido convivencia y se oiga al otro progenitor y al menor.

Toda vez que no está recogida la figura de la nueva pareja en el ordenamiento común, analizaremos a continuación como se ha contemplado en las resoluciones judiciales.

Resulta pacífico que la nueva pareja no puede atribuirse tareas parentales, sin que sea admitido que las figuras de los padres biológicos sean sustituidas por las de las nuevas parejas sentimentales de uno u otro, aunque actúen correctamente y muestren cariño hacia los menores, pues la función del custodio es fomentar y potenciar la relación de los hijos con el otro progenitor, de forma que se logre un adecuado desarrollo psicológico de su personalidad e interiorice la figura de sus progenitores.

Así lo ha establecido el TS al resolver un recurso de casación contra una sentencia que absolvía de un delito de maltrato familiar (artículo 153 CP en relación con el 173.2 CP) a un varón que ejerció violencia física al golpear sin causar lesión a la hija de su cónyuge (con quienes convivía en su mismo domicilio) a causa de una discusión a raíz de que la menor

se había marchado varios días de casa sin el consentimiento de su madre. La Sala razona que, aunque el varón mantenía con la menor una relación similar a la paternal y participaba en su educación como si fuera su padre, su conducta no puede ampararse en el derecho de corrección, pues la patria potestad la ostentaba únicamente la madre. Por tanto, la nueva pareja del progenitor es un extraño en términos de patria potestad, que, aunque ejerza funciones parentales de hecho, lo hace sin soporte jurídico alguno, y sin derecho a tomar decisión alguna (salvo en los casos de adopción o reconocimiento ya estudiados).

Su condición es distinta si sobreviene una crisis de pareja, cuando podría invocar su condición de allegado para mantener la relación con los menores con quienes ha convivido *ex artículo 160 CC*. Nótese que decimos relación porque el TS dispone que la expresión “derecho de visitas” debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos, siendo más adecuado utilizar la expresión relaciones personales en otros casos.

Respecto a la extensión o intensidad de la relación con los allegados, el Alto Tribunal establece que el Juez decidirá teniendo en cuenta factores como: la situación personal del menor y la persona con la que deba relacionarse; las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; la intensidad de las relaciones anteriores; la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia; y en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor. Reflejo de esta doctrina se recoge en resoluciones posteriores de Audiencias Provinciales.

En cuanto al concepto de allegado, es palmario que no únicamente se refiere a familiares de los menores, lo que se deduce del propio tenor del artículo 160 CC, referido a “hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”, y si la voluntad del legislador hubiera sido que únicamente se estableciera el régimen de relación con los parientes se hubiera omitido el vocablo allegados.

Para adquirir la condición de allegado es necesario que se haya forjado una relación de afecto o amistad de una cierta entidad, de forma que su mantenimiento salvaguarde los derechos de la personalidad del menor. Si no se dan esas circunstancias, por ejemplo, en situaciones de convivencia con un progenitor durante un corto espacio de tiempo y

cuando el menor tenía una edad que no le permitía establecer vínculos, no se accede al establecimiento de régimen de relación. Tampoco se establecerá si un menor con suficiente juicio manifiesta de forma concluyente que no quiere relacionarse con la ex pareja de su progenitor.

Es necesario valorar que en la mayoría de familias reconstituidas habrá regímenes de visitas impuestos sobre los menores respecto al progenitor no custodio, o regirá el sistema de custodia compartida: por ello la relación con la ex pareja del progenitor debe compatibilizarse con esos regímenes, y no podrá ser de la misma intensidad en cuanto a frecuencia y tiempo. La formación de una familia reconstituida por un progenitor también puede tener influencia en la adopción de medidas de carácter paternofilial respecto a sus hijos.

Una de las cuestiones que se suscitan es la oposición de un progenitor al establecimiento de la guarda compartida de los menores alegando que el otro progenitor tiene una nueva pareja, y ello les puede afectar de forma negativa.

Esos argumentos suelen desestimarse apoyándose en que la custodia compartida se atribuye a los padres del menor y no a la nueva pareja del progenitor, que ninguna influencia decisoria tiene sobre él. Además, de tenerse en cuenta el establecimiento de una nueva relación como causa suficiente para el cambio del sistema de guarda y custodia se coartaría la libertad de los progenitores de entablar relaciones sentimentales al tomarlo como una amenaza contra la guarda compartida.

Como es sabido, en los procedimientos de adopción de medidas paternofiliales el establecimiento de la pensión de alimentos exige tener en cuenta las circunstancias económicas y las necesidades de los hijos en cada momento (artículo 93 CC), siendo de aplicación lo establecido en el artículo 146 CC, aunque con mayor peso las necesidades de los menores que el caudal o medios del progenitor.

Las medidas que se adopten respecto a la pensión de alimentos, al igual que el resto, pueden ser modificadas si varían sustancialmente las circunstancias, siendo considerado en ocasiones el nacimiento de nuevos hijos de familias reconstituidas como cambio sustancial para solicitar la rebaja en la pensión de alimentos que se paga a los hijos de relaciones anteriores.

La formación de una familia reconstituida también tiene incidencia en la pensión compensatoria que perciba uno de sus miembros, porque puede ser extinguida al realizar vida marital.

También puede extinguirse la atribución del uso del que era domicilio familiar si se introduce en el mismo a un tercero con la formación de la familia reconstituida. Esta cuestión únicamente está regulada en derechos forales, habiendo sentado criterio al respecto en el ámbito de Derecho Común el TS.

En cuanto a la elección del nombre común, puede resultar sorprendente que pueda surgir desacuerdo al respecto pero cuando la crisis de pareja se produce durante el embarazo es una posibilidad, que el ordenamiento jurídico soluciona de forma diferente al resto de conflictos, aplicando la normativa especial del Registro Civil.

A la imposición de nombre se refieren los artículos 192 y 193 RRC y 50 a 52 LRC, estableciendo que no se pueden imponer más de dos nombres simples o uno compuesto; y, cuando el nombre sea compuesto, se separarán los simples por guiones o se escribirán los dos con mayúscula.

Están prohibidos los nombres que por sí o en combinación con los apellidos resulten contrarios al decoro, por considerar que perjudican a la persona.

Cuando los padres no expresan el nombre o el elegido resulta inadmisibles, el encargado del registro ha de requerirles para que den nombre al menor, apercibiéndoles de que transcurridos tres días sin hacerlo se inscribirá el nacimiento y se impondrá nombre por el encargado.

Del análisis de los preceptos se deducen varios límites a la autonomía de la voluntad de los progenitores en la imposición del nombre:

-los que objetivamente perjudican a la persona, bien sea por resultar contrarios a la dignidad o al decoro, o por ser inadecuados para una persona por designar cosas o animales. Como ejemplo, estudiaremos en el epígrafe siguiente una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (RDGRN, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública) que resolvía la denegación de inscribir a un niño con el nombre "Lobo".

-los que hacen confusa la identificación o inducen error en cuanto al sexo. También se analizarán en el siguiente epígrafe algunas RDGRN que tratan el tema.

-no puede imponerse el mismo nombre que a uno de sus hermanos a no ser que haya fallecido, ni tampoco su traducción a otra lengua.

En cuanto a los apellidos, se regulan en los artículos 194 a 204 Reglamento del registro Civil (RC), y 49 y 53 a 56 Ley del Registro Civil (LRC).

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores han de acordar antes de la inscripción registral el orden de transmisión de su respectivo primer apellido y, en caso de desacuerdo, o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del registro ha de requerirles para que en el plazo de tres días comuniquen el orden de los apellidos, procediendo si transcurre el plazo sin que se manifiesten a acordar el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

A mi juicio, esta solución resulta contraria a lo establecido en el artículo 156 CC, pues siendo el orden de los apellidos una decisión contenida en el ámbito de la patria potestad, la controversia debería resolverse mediante la atribución de la facultad de decidir a uno de los progenitores por parte del Juez.

Con relación al orden de los apellidos, el artículo 49.3 LRC (en vigor desde el 30 de junio de 2017, por la reforma de la Disposición Final 10 de la LJV por Ley 4/2017, de 28 de junio) hizo desaparecer la histórica prevalencia del apellido paterno, contraria al principio de igualdad de hombres y mujeres (artículo 14 de la Constitución Española), estableciendo, en caso de desacuerdo, el criterio del encargado del registro fundamentado en el interés superior del menor.

La última de las situaciones de disputa analizada es la producida cuando se confía la recogida de los menores de los centros escolares o en los intercambios de guarda y custodia, a familiares y amigos. Este aspecto cuenta con una regulación deficiente, a pesar de ser algo cotidiano.

En situación de convivencia, ninguno de los progenitores suele negarse a que sus hijos sean recogidos del colegio por la familia extensa del otro, o por alguna persona a quien se encomiende dicho menester, pero al

cesar la vida en común, suele quebrar inmediatamente, de forma inexplicable a mi juicio, esa confianza en el tercero.

Utilizo la expresión inexplicable para referirme a tal conducta porque no acierto a encontrar una razón para tal cambio de actitud, pues al margen de la convivencia de los progenitores, la relación con los menores de ese tercero que se hacía cargo de ellos no habrá cambiado y, tampoco, habrá cambiado la relación que mantenía con el progenitor unido por parentesco o a quien unía un vínculo más estrecho de amistad.

La negativa de un progenitor a que sus hijos sean recogidos del centro escolar, o tenidos durante determinados momentos por terceros, puede ocasionar desde un perjuicio leve para los menores, que se verán privados de relacionarse de forma más estrecha con quienes lo hacían cuando convivían sus padres (pensemos en un abuelo que de forma súbita ha de dejar de recoger a sus nietos del colegio como ha hecho durante años), a un problema de gran calibre cuando se imposibilita el correcto ejercicio de la guarda y custodia (progenitor que necesita colaboración para recoger a los hijos del colegio porque un turno de trabajo se lo impide).

Esos problemas que pueden afectar a los menores justifican el estudio de la discrepancia, a fin de analizar cuáles han sido las soluciones ofrecidas por la normativa y la jurisprudencia.

## **CONCLUSIONES**

Del análisis de la normativa, jurisprudencia y doctrina estudiadas, a lo largo del trabajo, podemos extraer las conclusiones que, a continuación, se relacionan:

**Primera:** la patria potestad se considera por doctrina y jurisprudencia como un conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos no emancipados y sobre sus bienes, concebidos a su servicio, y dirigidos a prestarles asistencia de todo orden.

La patria potestad es una institución básica de la estructura familiar, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible y, entre sus funciones, comprende: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos,

educarlos, y procurarles una formación integral, oyéndoles siempre si tienen suficiente madurez antes de tomar una decisión que les afecte.

En la normativa europea (Reglamento CE 2201/2003), se hace referencia a la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluyendo los derechos de custodia y visita, término que no ha sido adoptado por el legislador español en reformas posteriores.

Independientemente de la denominación con que nos refiramos a la institución, debería detallarse qué decisiones puede adoptar uno solo de los titulares al ejercerla y cuáles necesitan del concurso de ambos, señalando las consecuencias de su contravención.

**Segunda:** para hacer efectivo el deber de velar por los hijos y el resto de los comprendidos en la patria potestad, los padres han de compartir toda la información que posean sobre sus descendientes, cobrando especial importancia esta obligación en los casos de no convivencia.

Cuando la información esté en poder de instituciones sanitarias y educativas, puede ser solicitada de forma individual y deberá ser facilitada a ambos progenitores a no ser que se encuentren privados de la patria potestad.

Proporcionarse esta información entre los progenitores es una obligación de hacer, que puede ser objeto de ejecución por el cauce del artículo 705 y ss. LEC.

En las resoluciones de adopción de medidas respecto a los hijos es recomendable incluir cláusulas que obliguen a los progenitores al intercambio de información respecto a todo lo concerniente a aquellos.

**Tercera:** tras la crisis de pareja, para posibilitar el derecho-deber de tener a los hijos en su compañía, se consagra el derecho de visitas, también, llamado de relación, que es personalísimo, inalienable, imprescriptible y subordinado al interés de los menores.

Para prevenir su incumplimiento se pueden introducir medidas que aseguren su efectividad en la sentencia de medidas paternofiliales



(consentimiento previo para salidas al extranjero, visitas en punto de encuentro, etc.).

Si se incumple el régimen de relación puede ser objeto de ejecución por el procedimiento del artículo 776 LEC, incluyendo la imposición de multas coercitivas si hay reiteración o la modificación del sistema de guarda y custodia y con la posibilidad de reclamar la compensación de las visitas perdidas e incluso una indemnización por esa privación.

El incumplimiento del régimen de visitas únicamente encuentra encaje en el orden penal como delito de desobediencia a lo establecido en la sentencia de medidas paterno-filiales (si se dan los elementos del artículo 556 CP) y, en pocas ocasiones, se observará la conducta del artículo 226 CP.

Para poder accionar en la vía penal es aconsejable solicitar que en el auto de despacho de ejecución se aperciba al demandado que la persistencia en el incumplimiento podría ser constitutiva de un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

**Cuarta:** es necesario clarificar el carácter de los diferentes gastos incardinados en la obligación de alimentos hacia los hijos, de forma que resulte posible discernir cuáles han de ser satisfechos mediante la pensión de alimentos y cuáles serán abonados por ambos progenitores cuando se produzcan.

A tal efecto, deberían respetarse los acuerdos entre las partes y, subsidiariamente, distinguir: los gastos alimenticios (comida, luz, agua, etc.) que se cubrirían con la pensión de alimentos; los gastos periódicos (libros y material escolar, ropa); y los extraordinarios (necesarios e imprevisibles), abonados los dos últimos según la cuota establecida entre los progenitores.

Para evitar la litigiosidad a la hora de sufragar gastos extraordinarios sería conveniente introducir, en las sentencias, protocolos para su realización, de forma que se acredite su necesidad y el consentimiento para llevarlos a cabo.

**Quinta:** a pesar de la interpretación del TC sobre la práctica de la enseñanza en el hogar, sigue abierta la polémica sobre la obligación de

cursar en centros escolares la enseñanza básica o la posibilidad de realizarla en el domicilio familiar, por lo que debería recogerse en una norma legal para no dejar margen a la duda.

En lo referente a la educación religiosa y habida cuenta de la evolución del concepto de capacidad de obrar de los menores, se tendría que otorgar la posibilidad de elegir por ellos mismos el tipo de educación religiosa que desean o dar la opción de no recibirla a partir de una edad determinada.

**Sexta:** en la facultad de educar se encuentra ínsita la de corregir, por lo que debería restaurarse, en el CC, el derecho de corrección con respeto a lo establecido en el artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño, como lo hacen el CDFa y el CCCat. La regulación actual del artículo 154 CC *in fine* resulta, en cierta medida, absurda: poco podrá hacer la autoridad ante situaciones como la de un menor que se niega a sentarse a la mesa o a asearse para ir al colegio.

**Séptima:** titularidad y ejercicio de la patria potestad son conceptos distintos, aunque con una íntima conexión. El ejercicio siempre implica una titularidad pero no al contrario: se puede mantener la titularidad aunque se esté privado del ejercicio.

Habida cuenta de que el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores, pero no siempre actuarán en todo a la vez, ni van a tener en todo la misma opinión, la cuestión principal en el ejercicio de la patria potestad está en señalar: qué puede hacer cada padre, qué necesita de los dos, cómo llegar a una decisión en caso de desacuerdo y en qué casos el ejercicio pasa entero o en parte a uno sólo o se divide entre ambos.

A fin de evitar litigios futuros, puede resultar recomendable la inserción, en las resoluciones que adopten medidas paternofiliales, de cláusulas que delimiten aquellas decisiones que necesitan del consenso previo de ambos progenitores y las que se pueden tomar por aquel que ostente la guarda y custodia en cada momento.

Patria potestad y guarda y custodia son diferenciables, sobre todo, en situaciones de no convivencia pues la segunda forma parte de la

primera, y su distinción cobra importancia en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando se dirime la responsabilidad civil por actos dañosos cometidos por menores de edad, por ello, sería conveniente deslindar los conceptos en el CC (tal y como se realiza el CDFA).

**Octava:** el procedimiento para la resolución de discrepancias entre progenitores en el ejercicio de la patria potestad regulado en el artículo 156 CC se sustancia por el cauce procedimental de los artículos 85 y 86 LJV.

El sistema de recursos contra las resoluciones dictadas en dichos expedientes supone un caso de indefensión para el recurrente porque en una gran proporción, los asuntos sometidos a decisión judicial son urgentes (viajes, cambios de centro escolar, etc.).

Cuando se resuelvan los recursos de apelación contra los autos dictados en estos procedimientos, la mayoría serán inútiles pues el acto cuya autorización se pretendía o se habrá realizado o se habrá perdido la oportunidad de realizarlo; por ello, se debería implementar un sistema urgente de tramitación de esos recursos.

**Novena:** a mi juicio, la figura del coordinador de parentalidad no deja de ser una amalgama y fusión de recursos y herramientas que, a día de hoy existen en los juzgados, como los profesionales de los servicios sociales o los PEF que, quizás, no se estén empleando de forma adecuada si deviene necesaria una nueva figura.

Además, al no encontrarse regulada con detalle en el ordenamiento puede plantear problemas de índole tanto procesal como material. No queda claro si es un perito o un auxiliar del juez (extremo de importancia a los efectos de, por ejemplo, la abstención y recusación, la satisfacción de sus honorarios o la impugnación de sus decisiones); su capacidad de resolver pequeñas discrepancias podría invadir la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y habría que preguntarse si una decisión tomada por el coordinador es ejecutiva, y, en su caso, mediante qué medios y procedimiento.

A pesar de afectar a una cuestión de orden público como es el interés superior de los menores, existen diferencias de acceso a la figura del coordinador de parentalidad, no únicamente en diferentes Comunidades Autónomas, sino en distintos partidos judiciales. Si la figura se considera de utilidad debería regularse a nivel estatal, de manera que quedaran resueltos los interrogantes planteados y que su acceso fuera posible a cualquier menor cuya situación lo exigiera.

**Décima:** en situaciones de no convivencia de los progenitores, cuando el custodio cambia de forma unilateral el domicilio de sus hijos menores, si el no custodio pretende que no se consolide ese cambio de domicilio ha de actuar con premura, siendo recomendable la interposición de una demanda de jurisdicción voluntaria invocando el artículo 158 CC, y fundamentada en evitar a los menores los perjuicios que les pueda acarrear el traslado.

**Undécima:** los padres responden de los daños causados por sus hijos por culpa *in vigilando* o *in educando*. Responden ambos padres de forma solidaria en situaciones de convivencia, pero en caso de vida separada, por lo general, responde aquel que tiene al hijo bajo su guarda en el momento del hecho, pudiendo responder también otros familiares que se hagan cargo de él. En ocasiones, se responsabiliza al progenitor que no ostenta la guarda en el momento del hecho por culpa *in educando*.

Si se desea evitar una condena por culpa *in vigilando* resulta posible establecer en el convenio regulador o solicitar que se incluyan en la sentencia de adopción de medidas paternofiliales cláusulas delimitadoras de la responsabilidad entre progenitores.

**Duodécima:** cuando se produce la separación de una familia reconstituida se puede reclamar el derecho de relacionarse con los hijos de quien ha sido pareja, aunque no se tenga vínculo parental con ellos, pues se ha adquirido la condición de allegado. Al no ser una cuestión pacífica en la jurisprudencia, sería conveniente detallar, en el CC, si es posible el establecimiento de pernoctas con los allegados.

**Decimotercera:** el TS ha declarado como doctrina que la introducción de un tercero (nueva pareja del progenitor custodio) en la vivienda familiar cuyo uso tienen atribuida éste y sus hijos, extingue dicho derecho.

La extinción del derecho de uso no respeta el interés superior de los menores que quedarán sin vivienda. Sería más acorde con este interés mantener el uso y reducir la pensión de alimentos que satisface el progenitor no custodio.

La solución adoptada por el TS (liquidación del régimen económico o extinción de condominio) no siempre será viable o proporcionará recursos para garantizar el derecho de habitación de los menores, por ello, debería mantenerse la atribución de la vivienda a pesar de la convivencia de la nueva pareja del custodio.

**Decimocuarta:** ante un desacuerdo entre los progenitores sobre la imposición de nombre al hijo común debería permitirse acudir al expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el artículo 86 LJV.

La solución de los artículos 50.3 LRC y 193 RRC al establecer que el encargado del Registro impondrá un nombre de uso corriente cuando los obligados a su fijación no lo señalen, tras haberles apercibido y transcurrido el plazo de tres días (al igual que ocurre con el orden de los apellidos) vulnera la autonomía de los progenitores ante una decisión incluida en el ámbito de la patria potestad.

**Decimoquinta:** la posibilidad de que la familia extensa y los allegados recojan a los menores a la salida de los centros escolares, los recojan o los lleven a casa del progenitor al iniciar o finalizar los períodos de visitas, o realicen con ellos determinadas actividades, como ocurre en cualquier familia en situaciones de convivencia, únicamente ha sido regulada en lo referente a los centros escolares en algunas Comunidades Autónomas, con normas diferentes incluso dentro de la misma Comunidad.

Debería regularse la cuestión de forma que se clarifique la posibilidad de familiares y allegados de hacerse cargo de los menores en diferentes situaciones. A mi juicio, se podría articular mediante una norma de

carácter estatal como el CC, detallando qué familiares y allegados, en qué circunstancias y con qué condiciones pueden realizar esas tareas. Sin duda alguna, se facilitaría la labor docente a la salida de los centros escolares, y se aumentaría la seguridad jurídica en las recogidas y entregas entre progenitores.