

El ejercicio de la patria potestad y los terceros de buena fe: art.156 CC

The exercise of parental auth and third parties in good faith: art. 156 of the cc

por

ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Doctores de España
y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de La Rioja*

RESUMEN: Tras analizar los apartados del artículo 156 CC, cabe concluir que el apartado 3 “in fine” del artículo 156 CC *tiene mucho menos alcance del que parece*. Las actuaciones individuales de un progenitor llevadas a cabo en uso de una legitimación individual dispuesta directamente o autorizada judicialmente ya vienen validadas en origen y lo que no puede llevarse a cabo por no contar con mecanismo de validez originario no cabe subsanarlo para determinar la validez del acto para proteger a los terceros de buena fe.

En definitiva, “los supuestos de los párrafos anteriores” a que alude el párrafo tercero in fine del artículo 156 CC, quedarán circunscritos a los actos del párrafo primero in fine del mismo precepto: aquellos que realiza uno solo de los progenitores “conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

ABSTRACT: *After analysing the different sections of article 156 CC (Civil Code), it can be inferred that the section 3 of article 156 CC (in fine) has much less significance than it would seem. The individual actions carried out by a parent, using an individual legitimization regulated or authorised by a judge, are already validated originally, and what it can not be made because of the absence of the initial valid requirement and it can not be offset in order to determine the validity of the action to protect the disinterested party.*

To sum up, the hypothetical cases which are mentioned in the third paragraph of article 156 (CC), are reduced to the actions contained in the first paragraph of the same precept: those who are carried out by one a parent “according to social custom and circumstances or in urgent situations”.

PALABRAS CLAVE: Ejercicio patria potestad terceros de buena fe.

KEYWORDS: *Exercise of parental auth by third parties in good faith comprobar.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—II. DISPOSICIÓN GENERAL SOBRE LA PATRIA POTESTAD: ART. 154 DEL CC. II.1. CONCEPTO. II.2. LA PATRIA POTESTAD COMO RESPONSABILIDAD PARENTAL (ART. 154.2 CC). II.2.A. *La patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad.* II.2.B. *La patria potestad se ejercerá con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.* II.3. DEBERES Y FACULTADES QUE COMPRENDE LA PATRIA POTESTAD (ART. 154.3). II.3.A. *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.* II.3.B. *Representar a los hijos y administrar sus bienes.* II.3.C. *Es función de los progenitores titulares de la patria potestad decidir el lugar de residencia habitual de los hijos menores no emancipados.* II.4. LA AUDIENCIA A LOS HIJOS O HIJAS SI TUVIERAN SUFICIENTE MADUREZ. (ART. 154.4 CC.).—III. ACTOS AUTORIZADOS POR UNO DE LOS PROGENITORES Y LOS TERCEROS DE BUENA FE: ART. 156 del CC. III.1. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 156 CC. III.2. EXCEPCIONES AL EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTAS EN EL ART. 156 CC. III.3. RESPECTO DE LOS TERCEROS DE BUENA FE: EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DEL OTRO PROGENITOR. III.4. LA EXTENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 156.3 “IN FINE” A OTROS SUPUESTOS INCARDINADOS EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5 DEL ART. 156 CC. III.4.A. *El párrafo 4 del artículo 156 CC.* III.4.B. *La aptitud de alguno de los progenitores afectados por una discapacidad psíquica o intelectual ¿se puede considerar como un caso de imposibilidad para ejercer adecuada y responsablemente la patria potestad sobre sus hijos?* III.4.C. *El párrafo 5 del art. 156 CC.*—IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.—V. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

I. INTRODUCCIÓN: REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Las relaciones paternofiliales se enmarcan en el entorno familiar como núcleo de toda comunidad organizada. Por eso, en el ámbito del Derecho de Familia, las relaciones paternofiliales son importantísimas para vertebrar la sociedad en la que se desarrolla la persona.

En el entorno de la familia, las relaciones paternofiliales han pasado en nuestro Derecho por distintas fases. La potestad parental, como institución jurídica, tiene su origen en el Derecho Romano, punto de partida de nuestro Ordenamiento Jurídico sobre la patria potestad. Es al “*pater*” familia al que le pertenece la patria potestad como una manifestación más de la propiedad, a través de la cual se articula el poder político del hombre libre¹. La patria potestad se configura como un vínculo jurídico de sujeción —los hijos están bajo el poder soberano del *paterfamilias*— con diversas funciones: *domus*, pública, jurisdiccional, coercitiva, religiosa y económica.

Con el paso del tiempo y bajo la influencia del cristianismo² —que no participa de la concepción del Derecho Romano en cuanto al poder paternal al defender, más que la autoridad paterna, el interés de los hijos—, en nuestro Derecho histórico, se otorga el carácter de institución natural a la patria potestad sin suprimir la supremacía del padre en la relación paternofilial. En las Partidas 4,17,1 se la reconoce como “Poder e señorío han los padres sobre los hijos segund razón natural e segund Derecho. Lo uno, porque nascen de ellos; lo al, porque han de heredar lo suyo”. Este es, en general, el planteamiento seguido prácticamente hasta la reforma de la patria potestad con la modificación del CC en 1981.

La influencia del Código de Napoleón de 1804 y de la realidad social del momento³, hacen que en el CC se regulase el matrimonio y las relaciones paternofiliales con base en el concepto de familia nuclear en la que el padre tenía la posición dominante y la madre se situaba en el plano doméstico y subordinada familiar y socialmente a la autoridad del marido.

Nuestro CC de 1889, en sus artículos 154 y ss., acogió el sistema de la patria potestad del padre y subsidiaria de la madre, si bien no excluía una cierta coparticipación de la madre en algunos derechos y en el cumplimiento de ciertos deberes⁴, siendo comunes a los padres la alimentación de los hijos, el tenerles en su compañía, la corrección y el castigo en el hogar doméstico, así como la percepción de los frutos. La patria potestad es ejercía por la madre en caso de muerte del padre, y en los casos de incapacitación, ausencia, interdicción civil y los otros supuestos que estaban previstos en los arts. 169,170 y 171 CC. Además, también ejercía la madre la patria potestad en aquellos casos en que el padre no podía ejercitarla por imposibilidad de hecho y por analogía — art. 1441 CC—. Los Tribunales conferirían a la madre la administración de los bienes de sus hijos si el marido estuviese prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o si estando impedido absolutamente para la administración, no hubiese proveído sobre ella.

Los hijos sometidos a la patria potestad debían obediencia a sus padres que se extinguía con la emancipación, debiendo respeto y reverencia mientras vivan sus padres⁵.

Por tanto, la patria potestad se reservaba exclusivamente al padre, si bien nunca excluyó la autoridad de la madre con relación a sus hijos, para ejercer los actos conducentes a los fines de la familia⁶. La madre debía sustituir al padre en el ejercicio de la patria potestad cuando éste faltase, sustitución inmediata que implícitamente imponía a la madre el deber de permanecer en relación constante con los hijos no emancipados para suplir en cualquier momento la falta del padre⁷.

Tras la Constitución Española de 1978, en la década de los ochenta, se origina un importante cambio en las relaciones familiares. Con la evolución experimentada, la institución se ejerce como un deber o como funciones de protección de los hijos.

En relación con los correspondientes deberes y responsabilidades respecto de sus hijos⁸, se da un gran paso con la Constitución Española de 1978 (art. 39), de manera que la patria potestad ha sido una de las materias del Derecho de Familia más afectadas con la reforma del Código Civil⁹ llevada a cabo mediante la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que aportó como una de las claves de la misma¹⁰, el atribuir la patria potestad de los hijos no emancipados al padre y a la madre —se otorga el ejercicio de la misma a ambos¹¹— aun cuando se reconoce el ejercicio por uno solo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro —art. 156 CC—, haciendo, además, hincapié en que la patria potestad constituye una función en interés de los hijos¹². Así, la patria potestad no es un derecho subjetivo sino una potestad que el Derecho positivo atribuye con carácter indisponible a los progenitores en cuanto medio para el desempeño de la función de cuidado de los hijos¹³. Se otorga la patria potestad conjuntamente al padre y a la madre de modo que, en principio, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo, o por uno de los dos con el consentimiento del otro —que puede ser expreso o tácito y aún presunto—, de modo previo o por vía de ratificación sin que pueda admitirse el consentimiento previo y general e indefinido —art. 156 CC—. Resulta indispensable la flexibilidad exigida por la titularidad conjunta de la patria potestad de ejercicio solidario. Si se aplica rígidamente la actuación conjunta, en muchos casos, el ejercicio de la patria potestad se haría impracticable.

La reforma de la patria potestad realizada por la Ley de 13 de mayo de 1981, “como respuesta al art. 39.3 de la Constitución Española, trata de acentuar —en palabras de LACRUZ BERDEJO— “el carácter de *officium* que ya tenía la institución”, confiriendo derechos como medio de cumplir deberes. La patria potestad se regula teniendo presente este carácter de función encomendada a los progenitores en beneficio de los hijos. Siguiendo al susodicho autor, la reforma de la patria potestad procura tres objetivos principales: estructurar la patria potestad como función dual de los progenitores; respetar la personalidad de los hijos —regla y medida de la educación y trato que haya de recibir—, y acentuar en su ejercicio la intervención y vigilancia del juez en consideración al interés del hijo menor no emancipado¹⁴.

Posteriormente, el Código Civil ha sido reformado en esta materia tras la aprobación de diversos textos legales, entre otros, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁵ y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia, frente a la violencia.

En definitiva, nos encontramos ante un instituto que, no sólo en el Derecho romano, sino también durante siglos, fue concebido con una pléyade de derechos y facultades reguladas jurídicamente en torno al paterfamilias —su titular— que ejercicio la patria potestad con un poder absoluto sobre sus hijos menores, quienes estaban obligados a obedecerle¹⁶. Sin embargo, la evolución del Derecho de familia ha conducido a que la patria potestad haya perdido su consideración de derecho subjetivo para pasar a ser, como institución de orden público¹⁷, una función “cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos”¹⁸.

La evolución histórica de la patria potestad puede resumirse diciendo que siendo originariamente un conjunto de poderes del pater familia, ha pasado, después de siglos, a ser una institución de protección de los intereses de los hijos menores de edad mediante los deberes, funciones, potestades y responsabilidades de sus progenitores. Con el paso del tiempo la patria potestad se fue transformando para, después de muchos siglos, pasar a ser en nuestro Derecho un conjunto de deberes y funciones para con los hijos y no un acopio de derechos sobre ellos.

II. DISPOSICIÓN GENERAL SOBRE LA PATRIA POTESTAD: ART. 154 DEL CC

El apartado tercero del artículo 39 de la CE dispone que: “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, por no estar esos hijos en condiciones de valerse por sí mismos.¹⁹

Tratándose de menores no emancipados su protección se realiza mediante la patria potestad que corresponde a los progenitores. El art. 154 CC determina contenido de la patria potestad, atribuyendo ciertas facultades e imponiendo determinados deberes a los progenitores titulares de la misma.

Se establece así la patria potestad como conjunto de deberes y responsabilidades para con los hijos no emancipados. Esta potestad familiar constituye una función cuyo ejercicio conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos para poder cumplir los deberes inherentes a la misma. “La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no

emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto de su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre la patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin la aprobación del juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad e imprescriptible por serlo, en general, los derechos y deberes de familia”²⁰.

El incumplimiento de tales deberes es causa de privación de la patria potestad-art. 170 CC—, existiendo, en todo caso, la posibilidad de control judicial conforme al art. 158 CC si el incumplimiento de los deberes paternos constituye un riesgo o peligro para los hijos.

En este contexto de la previsión constitucional, el régimen vigente de la patria potestad procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, si bien muchos de sus preceptos han sido modificados parcialmente por otras leyes como, por ejemplo, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela.

El régimen jurídico de la patria potestad está en el Título VII (De las relaciones paterno-filiales), artículos 154 a 170 del CC²¹.

II.1. CONCEPTO

La patria potestad es una institución de guarda y protección de la persona y de sus bienes, derivada de la filiación jurídicamente establecida²². Tratándose de hijos menores no emancipados su protección se realiza mediante la patria potestad que corresponde a los progenitores, y deriva de la existencia de un vínculo de filiación por naturaleza o adopción legalmente establecido. Tanto la filiación por adopción —art. 108 CC— como la filiación por naturaleza determina la patria potestad de los progenitores sobre sus hijos no emancipados (art. 154.1CC). Una vez alcanzada la emancipación, la patria potestad se extingue —art. 169 CC—.

“La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación cualquiera que sea su naturaleza-matrimonial, no matrimonial o adoptiva-”²³.

“La patria potestad es... una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución Española”²⁴. Estamos ante “un efecto legal propio de toda relación paterno o materno-filial, de tal modo que una vez que, por alguno de los medios legalmente establecidos

queda determinada la filiación, la patria potestad —salvo el supuesto excepcional al que se refiere el art. 111 CC— corresponde automáticamente, *ex lege*, al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación...sin que la atribución de la misma requiera petición de parte, ni declaración judicial al respecto, pues dicha atribución viene hecha *ope legis*²⁵.

Estamos ante facultades de los progenitores, no remuneradas, que deben ejercerse en interés del hijo hasta que éste se emancipe. Por tanto, la patria potestad no se ejercerá en beneficio del propio progenitor, sino en el del hijo que está bajo la misma, lo que conlleva una necesaria y constante atención para asegurar la efectiva aplicación del principio del interés del hijo menor no emancipado.

El art. 154.1 CC, sitúa a los hijos no emancipados bajo la protección de sus progenitores, por lo que no estarán bajo la patria potestad los hijos que hayan cumplido 18 años y aquellos que hayan alcanzado la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, o por concesión judicial, siguiendo los requisitos legales a partir de los 16 años (art. 241 CC).

La titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma, como regla general, corresponde conjuntamente a los progenitores – art. 154.1 CC—, por lo que, en principio, todas las decisiones concernientes a los hijos no emancipados han de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo o por uno de los dos con el consentimiento del otro.

II.2. LA PATRIA POTESTAD COMO RESPONSABILIDAD PARENTAL (ART. 154.2 CC)

Los progenitores al ejercer la patria potestad no son titulares de un derecho, sino que la ejercerán como una responsabilidad parental que “se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad²⁶, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental” (Art. 154.2 CC).

II.2.A. *La patria potestad se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad.*

Las pautas que informan el régimen jurídico de la patria potestad se encuentran fundamentalmente en el interés del hijo no emancipado y el respeto de su personalidad²⁷, que determinan implícitamente el derecho de audiencia que asisten a los hijos ex art. 154, 156 y 159 CC.

En orden al interés del hijo menor no emancipado “la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales... que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad”²⁸.

Como la patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio exclusivo de los hijos de acuerdo con su personalidad “es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor”²⁹.

La prioridad del interés del hijo menor no emancipado determina que en el ejercicio de la patria potestad se ponga énfasis en la intervención judicial concediéndosele al juez un amplio margen para ordenar las medidas oportunas en caso de que la vida, seguridad o salud del hijo se encuentre en peligro —art. 158 CC—³⁰. Será el juez quien: decidirá al cuidado de qué progenitor quedará el hijo menor en los casos de separación de hecho y falta de acuerdo entre los padres —art. 159 CC; autorizará determinados actos de disposición que se llevan a cabo por parte de los progenitores, referidos a derechos o bienes de los hijos —art. 166CC—; resolverá sobre el ejercicio de la patria potestad en los supuestos de desacuerdo entre los progenitores —art. 156 CC—; adoptará las previsiones que estime necesarias para la seguridad y el recaudo de los bienes cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo —art. 167 CC—; dictará medidas, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, que tendrán por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo.

En cuanto a acomodar el ejercicio de la patria potestad a la personalidad de quien está sujeto a la misma, insiste nuestro CC en que “la patria potestad deberá ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, lo que viene a significar que habrá de adaptarse a las cualidades de éste, orientando en función de la misma su educación y con respeto a sus derechos, todo ello en su beneficio”³¹.

La referencia a la personalidad se hace para prevenir conductas abusivas que se podrían dar y que atentarian contra Convenios Internacionales suscritos por España y también contra el art. 10 de la CE, los cuales hacen referencia a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

La personalidad del hijo —peculiaridad individual del hijo— constituye la medida del trato y de educación que ha de recibir el hijo menor no emancipado. Por ello, la patria potestad “ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se halla”³².

II.2.B. La patria potestad se ejercerá con respeto a sus derechos, su integridad física y mental

La Disposición Final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional suprimió el párrafo final que establecía que los padres: “Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos” ante el requerimiento del Comité de Derechos del Niño que consideró la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que se reconocía a los padres y tutores

podiera contravenir el art. 19 de la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, dirigido a proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente mientras el menor de edad no emancipado está bajo la patria potestad.

Una vez que se ha suprimido la facultad de corrección reconocida anteriormente a los progenitores, mediante la introducción al respeto a la integridad física y mental del hijo, en su lugar, se reconoce a los progenitores, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad —art. 154.5 CC— en los casos de conflictividad del menor, recurriéndose fundamentalmente a la Administración competente (en cada Comunidad Autónoma) respecto de la protección de menores, con fundamento en el art. 172.bis CC. Los progenitores pueden recabar el auxilio de la autoridad judicial o administrativa competente o agente de la autoridad que deba prestarlo.

Ahora bien, como señala YZQUIERDO TOLSADA, si el artículo 154 CC establece el deber de los titulares de la patria potestad de educar y procurarles una formación integral a sus hijos, en tal deber se comprende, en su caso, la necesidad de corregirles moderadamente, lo cual excluye el recurso a cualquier tipo de violencia o maltrato físico y psíquico ³³.

II.3. DEBERES Y FACULTADES QUE COMPRENDE LA PATRIA POTESTAD (ART. 154.3)

La función de la patria potestad comprende deberes y facultades que se desdoblán en dos aspectos: uno, la faceta personal de las relaciones paternofiliales, otro, el aspecto de los contenidos patrimoniales de tales relaciones paternofiliales.

La patria potestad que asiste a los padres en relación con los hijos no emancipados comprende los siguientes deberes y facultades:

II.3.A. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral

La patria potestad se define como una función y aun cuando los progenitores se vean privados de la misma, su responsabilidad se concreta en la obligación de “velar por los hijos menores y prestarles alimentos”. Tal y como señala el artículo 110 CC: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”. Se trata de un deber que tienen los padres incluso en el caso de que no ostenten la patria potestad. Es decir, tal deber existe por el mero hecho de la filiación y mientras los hijos sean menores no emancipados.

Se trata de una función irrenunciable, de orden público, de forma que se mantiene sus efectos aun cuando se esté privado de ella como señala el art. 111 in fine del CC: “Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

La faceta personal de la patria potestad se concreta en la necesidad de velar por los hijos no emancipados. Se ha de cuidar diligentemente de los hijos, tenerlos en su compañía (en la de los progenitores). Velar por los hijos supone atender a su salud, a sus problemas, a su educación... es decir, prestar una ayuda, un apoyo y una asistencia de todo orden³⁴.

Tener a los hijos *en su compañía*, como deber y derecho de los padres, no se limita a convivir bajo el mismo techo. Este deber no se considera incumplido cuando los padres no convivan personalmente con los hijos porque existe una causa justificada: porque el propio hijo realiza estudios fuera de casa, hospitalizaciones..., ya sea por razones justificadas de los padres, por ejemplo, por razones laborales el padre o la madre puede tener destino por motivos de trabajo en otro país o en otra ciudad, o debido a situaciones de crisis matrimoniales con custodia compartida o con la custodia de uno de los progenitores con régimen de visita para el otro —casos éstos en los que el deber de tener a los hijos en su compañía se cumplirá ateniéndose a lo establecido en el convenio regulador o en la correspondiente sentencia judicial al respecto—.

Además, en caso de que alguno de los hijos no tenga una convivencia familiar por razón de estudios, o porque alguno de los progenitores por razones laborales u otras —vg. salud—, no puedan tener a sus hijos en su compañía, no excluye la responsabilidad parental.

Los hijos, siendo menores no emancipados o mayores de edad en situación de dependencia —no han terminado su formación por causa que no le sea imputable (art.142.2CC)—, estarán en la compañía de sus progenitores y en el entorno familiar del que únicamente podrán ser expulsados por justa causa mediante resolución administrativa o judicial.

También en el aspecto personal, la patria potestad comprende el deber de alimentar a los hijos: es responsabilidad parental alimentar a los hijos (Art. 142 CC). El deber de alimentar a los hijos —que va más allá de los sometidos a la patria potestad (art. 110 CC), no ha de confundirse con el deber de alimentos entre parientes (art. 142 CC y ss.), que es de carácter recíproco, dura toda la vida y es más limitado. El deber de alimentos previsto en el art. 154 CC —lo mismo que el del art. 110 CC—, comprende no solo los conceptos previstos en el art. 142 CC. (“todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán

los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”), sino además todo lo que el hijo precisa para el desarrollo y equilibrio mental, así como emocional, los gastos de defensa jurídica de su persona, ...

En relación con este deber de alimentos, el art. 158.1 CC, habilita expresamente al Juez para dictar “las medidas convenientes para asegurar la protección de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres”.

En cuanto a la obligación de educar y procurarles a los hijos una formación integral —derechos garantizados en el art. 27 de la CE³⁵—, el art. 154.3. 1.ª CC coloca tal obligación en un lugar destacado en las relaciones paternofiliales. Así, los progenitores tienen el deber de procurar a los hijos una formación integral y en particular, en la medida de lo posible, una formación de educación superior.

II.3.B. Representar a los hijos y administrar sus bienes

La representación legal de los progenitores sobre sus hijos e hijas menores no emancipados se contempla en los art. 162 y 163 CC. El primero de los artículos establece que “los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”. En el segundo, se contemplan los posibles conflictos de intereses entre progenitores y sus hijos o hijas y su tratamiento jurídico. Estos dos preceptos determinan, en buena medida, la eficacia personal y patrimonial de las relaciones paternofiliales respecto de aquellos supuestos en los que los hijos menores no emancipados se relacionan jurídicamente con terceros, debiendo sustituirse su declaración de voluntad por la de sus progenitores, atendiendo a su madurez y capacidad y siempre en beneficio e interés del menor.

La representación legal por los progenitores del menor de edad no emancipado, resulta irrenunciable y se dirige a atender jurídicamente a las consecuencias o efectos de los actos realizados entre el menor para con terceras personas. Se extiende, por ministerio de la ley, desde el nacimiento del hijo (o desde la adopción) hasta su emancipación, si bien existen algunas excepciones a esta representación legal señaladas en el art. 162 CC.

El final de esta representación legal se produce automáticamente por la emancipación de los hijos, sin alternativas ni opciones revocatorias de los actos efectuados por los progenitores en su representación, salvo en caso de posibles responsabilidades de éstos si su actuación no fue diligente.

En cuanto a la regulación de las relaciones patrimoniales que se generan en el entorno patrimonial para el caso de los bienes que sean de titularidad de los hijos menores de edad, hay que estar a lo dispuesto en los art. 164 a 168 del CC.

“Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo adminis-

trador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria” —art. 164CC—. Como excepción, los progenitores no podrán administrar los bienes de sus hijos menores no emancipados en los supuestos señalados en ese mismo precepto.

Se prevé la posibilidad de que se ponga en peligro el patrimonio del hijo por una mala administración. En este caso, como dispone el art. 167 CC, “El juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación de la administración o incluso nombrar un Administrador”.

Además, “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” —art. 168 CC—.

II.3.C. Es función de los progenitores titulares de la patria potestad decidir el lugar de residencia habitual de los hijos menores no emancipados

El artículo 154.3, señala que entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad está la de “decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que sólo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”.

El domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual (art. 40 CC). Como ha señalado el TS “con carácter general ha de atenderse al lugar donde se reside con habitualidad, que equivale al domicilio real ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar”³⁶. Este domicilio es la sede legal de la persona a efectos del ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Los menores de edad no emancipados tendrán la misma vecindad —administrativa— que los padres que tengan su guarda y custodia³⁷ o, en su defecto, de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de éstos para residir en otro municipio³⁸.

Los hijos menores no emancipados han de empadronarse en un solo domicilio, también en los supuestos de guardia y custodia compartida³⁹.

Así en los supuestos de separación y divorcio corresponde la representación, a efectos padronales (empadronamiento municipal) a la persona que tenga confiada su guarda y custodia, lo que se deberá acreditar mediante copia de la correspondiente resolución judicial.

Para determinar el domicilio del menor en situaciones de patria potestad compartida en los supuestos de crisis matrimonial, hemos de estar a lo dispuesto

en la Resolución de 3 de febrero de 2023, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se modifica la de 17 de febrero de 2020, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del Padrón municipal⁴⁰.

II.4. LA AUDIENCIA A LOS HIJOS O HIJAS SI TUVIERAN SUFICIENTE MADUREZ. (ART. 154.4 CC)

El ejercicio de la patria potestad se ve “limitado” cuando los hijos menores no emancipados tienen suficiente juicio. El artículo 154 en su párrafo cuarto dispone que: “Si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oído siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizarán que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”.

El precepto establece la necesidad de dar audiencia a los hijos menores no emancipados cuando de su propia personalidad y madurez se deriva que tienen suficiente juicio. En relación al principio de audiencia, además de los preceptos del CC-art. 154, 156 y 159 CC—, ha de tenerse presente lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece el derecho a ser oído y escuchado.

Así pues, en cuanto a la necesidad de audiencia de los hijos menores no emancipados, el art. 9 citado reconoce el derecho del menor a ser oído que no se limita a actos que afecten al ejercicio de la patria potestad propiamente dicha, sino que el susodicho precepto reconoce el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.

En definitiva, el derecho del menor a ser oído y escuchado requiere que, en todo caso, se valore la personalidad del menor y el grado de capacidad natural del mismo. Se atenderá a sus condiciones de madurez de juicio suficientes para poder ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad quedando excluida, en este caso, la representación legal que corresponde a los progenitores⁴¹. En todo caso, si los hijos menores no emancipados, tuviesen suficiente madurez deben ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten.

III. ACTOS AUTORIZADOS POR UNO DE LOS PROGENITORES Y LOS TERCEROS DE BUENA FE: ART. 156 DEL CC

El artículo 156 CC se sitúa entre las disposiciones generales del Capítulo I, del Título VII (De las relaciones paternofiliales), por lo que su alcance es el de todos los aspectos de la patria potestad, tanto los aspectos personales como los patrimoniales.

Ya el artículo 154 CC atribuye a los progenitores la patria potestad, estableciendo la regla general de ejercicio conjunto por ambos. Sin embargo, a pesar de esa titularidad conjunta, en el artículo 156 CC, se recogen determinados supuestos en que su ejercicio corresponde a uno solo de los progenitores.

Por tanto, el artículo 156 CC contempla una regla general de titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad: “se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores”, pero seguida de muchas excepciones debidas a la necesidad, imposibilidad, ausencia u otras circunstancias que conducen a un ejercicio individual exclusivo, aunque solidario de la patria potestad.

III.1. LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 156 CC

La regla general consiste en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ya sea con la concurrencia de ambos progenitores en el acto en cuestión, ya sea mediante la actuación de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, esto es, sin que medie desacuerdo por parte del otro.

La regla general que toma como punto de partida el artículo susodicho es la potestad conjunta, titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad. Se trata de un ejercicio compartido de las facultades y deberes que integran la patria potestad, sin que se requiera petición de parte, ni declaración judicial, sino que la atribución es “ope legis”⁴².

Por tanto, ambos progenitores, en el ejercicio de los deberes y facultades que comprende la patria potestad, han de tomar parte en el acto en cuestión sin que se precise necesariamente la concurrencia simultánea de ambos en la declaración de su voluntad. Esta regla general establece el ejercicio conjunto por los titulares de la patria potestad y se traduce en un ejercicio solidario de la patria potestad⁴³.

Ahora bien, para evitar las posibles dificultades que pudieran surgir ante la exigencia de concurrencia de los progenitores en relación con cada uno de los actos relativos a la patria potestad, podrá ejercerse la patria potestad “por uno solo —de los progenitores— con el consentimiento expreso o tácito del otro”. En tales supuestos estaríamos casos de actuación conjunta.

En caso del consentimiento a favor del otro progenitor para el ejercicio de la patria potestad, no quita que el progenitor que consiente conserve sus obligacio-

nes y responsabilidades y puede actuar por sí mismo, cuando lo estime conveniente. El consentimiento tácito cuenta con dificultades de prueba. En cuanto a la forma de prestar consentimiento cabe en escritura pública o documento privado, e incluso verbalmente. Cabe hacerlo en las propias capitulaciones matrimoniales.

Por tanto, cabe la actuación de uno de los progenitores con el consentimiento del otro que viene a ser la manera cotidiana del ejercicio de la patria potestad. No se requiere ninguna forma especial para prestar ese consentimiento que puede ser expreso o tácito⁴⁴. Hay casos cotidianos en que el consentimiento tácito viene de la mano de la doctrina de los propios actos, pero en caso de duda, la falta de un consentimiento expreso declarado por el progenitor no actuante pudiera resultar contraria a esta regla general de ejercicio conjunto de la patria potestad.

Cabe un pacto entre los progenitores mediante el cual uno de ellos delega en el otro el ejercicio de la patria potestad para determinados actos o ámbitos del ejercicio de la misma. Sin embargo, entiendo que no es posible una delegación total de uno de los progenitores al otro de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, más allá de lo establecido en el art. 156 CC, ya que el artículo 154, norma imperativa, deja bien claro que la patria potestad de los hijos no emancipados, como responsabilidad parental, corresponde a los progenitores y no admite renuncia. En este ámbito, no se permite un amplio juego de la autonomía de la voluntad por razones de orden público y del interés del menor⁴⁵. En cambio, si es posible que, en situaciones de nulidad, separación y divorcio⁴⁶, los progenitores, con carácter revocable, en su caso, puedan pactar en convenio regulador las medidas que tengan por conveniente sobre el ejercicio de la patria potestad. Así, dispone el artículo 90.1.a) que el convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener los siguientes extremos: “El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

En el caso de que los progenitores estén presentes, pero no alcancen un acuerdo sobre la decisión que deben tomar, debe reconducirse a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 156.3 CC: “cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos al hijo si tuviera suficiente madurez, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores.”

En el supuesto de que nos encontrásemos ante una situación de urgencia — “*situaciones de urgente necesidad*”— y los progenitores presentes no se ponen de acuerdo sobre la decisión a tomar: pensemos en casos como el de una intervención quirúrgica urgente, o el de interponer una demanda judicial ejercitando acciones que tienen un plazo breve de interposición... supuestos que no admiten demora, en los que ante la laguna legal, y ante tan grave vacío como ha de primar

el interés del menor, me atrevo a proponer que se aprecie el citado interés del menor con la ayuda del profesional facultativo sanitario en el primer caso, y del Ministerio Fiscal, en el segundo.

III.2. EXCEPCIONES AL EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD PREVISTAS EN EL ART. 156 CC

III.2.A. Art. 156.1. segunda parte CC

Frente a la susodicha regla general, nos encontramos con no pocas e importantes excepciones. El primer párrafo del artículo 156 CC después de señalar la indicada regla general comienza con las excepciones, ya que, junto al ejercicio conjunto, cabe el ejercicio individual.

Salvo los supuestos de ejercicio individual previstos legalmente, ninguno de los progenitores puede por sí sólo, decidir cuestiones que afectan a su hijo. Si uno de los progenitores actúa sin consentimiento del otro (actuación individual) fuera de los casos previstos en la Ley, o cuando actúa sin respetar el contenido de la decisión tomada en común, procede la anulabilidad del acto (art. 1301 o bien, si cabe, art. 1322).

En el mismo primer párrafo “in fine” del art.156 CC, se añade que “serán válidos los actos que realice uno de ellos (de los progenitores) “conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”. El precepto impide impugnar tales actos para los que estén implicados, esto es, los progenitores —actuante o no—, y el tercero.

La aplicación rígida del ejercicio conjunto haría prácticamente inviable la regla general vista en muchos supuestos, siendo imprescindible una cierta flexibilidad permitiéndose la actuación unilateral de uno de los progenitores cuando sea conforme al uso social y las circunstancias de la familia o resulte necesario por razones de urgencia.

Así, nuestro Código Civil considera válidos los actos conformes al uso social realizados por uno de los progenitores, así como los realizados por unos de los titulares de la patria potestad en situaciones de urgente necesidad. Acto conforme al uso social es aquel correspondiente “al desarrollo normal de la vida de un menor que se repite con cierta frecuencia en la práctica”⁴⁷. Son actos calificables de cotidianos u ordinarios.

Esta importante excepción a la regla del consentimiento dual viene representada por una serie de actos en los que el propio tráfico jurídico requiere una necesaria flexibilidad ante la imposibilidad de la exigencia rígida de la actuación conjunta, en todo caso, ante actuaciones cotidianas en el ejercicio de la patria potestad, cuando se trata de diversos actos de guarda.

De esta manera se hace posible el ejercicio de la patria potestad por uno sólo de los progenitores, pero sin entrar en la excepcionalidad, ya que no estamos pro-

piamente ante una situación de desacuerdos de los progenitores, o cuando éstos están ausentes, o cuando existen causas que impidan o entorpezcan el ejercicio de la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad conforme al uso social y a las circunstancias (del hijo o de la familia) que incidan en la toma de decisión⁴⁸ o en situaciones de urgente necesidad, se sitúa dentro de una normalidad que no exige el ejercicio conjuntamente de determinados actos en los que se requiere una necesaria flexibilidad ante la imposibilidad de la exigencia a ultranza de la actuación conjunta. Lo decisivo es que estemos ante determinados actos habituales conforme al uso social y a las circunstancias que indudablemente escapan ante las causas justificadas de “utilidad o necesidad precisadas de autorización judicial” conforme a lo establecido en el artículo 166 CC —“Los padres no podrán renunciar a los derechos de los 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 del juez ...”—.

Por otra parte, las “*situaciones de urgente necesidad*” afectarán al hijo, personal o patrimonialmente, y en las que también cabe la actuación individual de uno de los progenitores, al no ser posible obtener el consentimiento de ambos —art. 156.1 in fine CC—, y se aprecian con más claridad: casos como el de una intervención quirúrgica urgente, o el de interponer una demanda judicial ejercitando acciones que tienen un plazo breve de interposición... son supuestos que no admiten demora y si un progenitor no está presente, no es preciso atenerse a la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. Ahora bien, esta opción está restringida a la resolución de casos que no admiten demora y en los que solo un progenitor se encuentra presente en el momento en que ha de decidirse sobre los mismos, sin que admitan dilación por suponer un grave perjuicio para los intereses del hijo (intervenciones en el ámbito sanitario o el ejercicio de acciones judiciales con plazo de caducidad).

En definitiva, estamos ante supuestos de ejercicio individual de la patria potestad que permite realizar válidamente actos sin restricción, realizados conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

III.2.B. Supuestos excepcionales

III.2.B.a) Artículo 156.2 CC

Las excepciones a la regla general comienzan en el párrafo segundo del artículo 156.2: “Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los pro-

genitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, *bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad*, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.”

III.2.B.b) Artículo 156.3 CC

Existen supuestos en los que el ejercicio conjunto de la patria potestad plantea problemas, siendo necesario acudir a la autoridad judicial por cualquiera de los progenitores, para que le otorgue la facultad de decidir a uno de ellos si existen desacuerdos puntuales o para atender una cuestión concreta. En los casos, más o menos frecuentes, en los que los progenitores no se ponen de acuerdo sobre un asunto —posibles desacuerdos de los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad—, para evitar que se entorpezca el ejercicio de la patria potestad, la solución no pasa por la espera de un cierto consenso que puede no llegar. Ante esa situación de parálisis de la patria potestad, el artículo 156.3 CC, establece la intervención judicial. En caso de desacuerdo entre los progenitores en algún asunto en particular, la autoridad judicial atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores: “en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad”, cualquiera de los progenitores podrá acudir a la autoridad judicial, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá el ejercicio individual de la patria potestad a uno de los dos progenitores.

Con esta medida, no se trata de que el Juez decida. Por el contrario, si estamos ante un desacuerdo concreto, ocasional, el Juez atribuye la facultad de decidir a uno de los progenitores de forma irrecurrible.

Seguidamente, el mismo apartado tercero del artículo 156.3 CC, se establecen medidas para los supuestos en que los desacuerdos fueran reiterados o concurra una causa particular: “si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá (el juez) atribuirle total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”. Para adoptar estas medidas el Juez deberá oír, además de a los interesados al hijo si tuviera suficiente juicio

y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, puesto que la resolución buscará el beneficio del hijo menor no emancipado. La audiencia al hijo es preceptiva, aunque no vinculante para la autoridad judicial.

Por consiguiente, mediante resolución judicial el ejercicio conjunto puede derivar en la atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, bien a la atribución de determinadas funciones de la patria potestad a uno sólo de los progenitores, subsistiendo la regla general de actuación conjunta para lo demás, o, por último, la distribución de las funciones de la patria potestad entre los progenitores, teniendo presente que cualquier tipo de atribución que excluya la regla general de actuación conjunta en el ejercicio de la patria potestad no puede exceder de dos años.

Por tanto, se trata de atribuir el ejercicio de la patria potestad —puesto que no se trata de su privación, art. 170 CC— durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En tal plazo, se supone que, o bien se arreglan las diferencias entre los progenitores, o bien se consuma la crisis matrimonial (que puede derivar en una separación o un divorcio) y entonces procederá determinar el ejercicio de la patria potestad conforme a lo previsto en los artículos 90 y ss. del CC.

Si persistiese la situación de desacuerdo reiterado y los progenitores no llegasen a separarse legalmente o a divorciarse, en aras de evitar un perjuicio para el menor no emancipado, no cabe una prórroga ya que el artículo 156.3 CC establece claramente que el plazo que se fije “*no podrá nunca exceder de dos años*”, por lo que sería preciso acudir nuevamente a la autoridad judicial —art. 158.2 CC—, por medio de otro procedimiento o expediente judicial, a los efectos de que se adoptase de nuevo la medida similar por un plazo máximo de dos años⁴⁹.

Si en lugar de consumarse la crisis matrimonial, desapareciese el desacuerdo o las circunstancias de entorpecimiento grave del ejercicio de la patria potestad, cabe dirigirse al Juez para poner fin a la medida antes del transcurso del plazo establecido a los efectos de que el progenitor al que no se le atribuye el ejercicio de la patria potestad deje de tenerla suspendida.

III.3. RESPECTO DE LOS TERCEROS DE BUENA FE: EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO DEL OTRO PROGENITOR

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

En lo atiente al *objeto de la presunción*, existen varias teorías⁵⁰. Según una primera, la norma contiene una única presunción: el progenitor que actúa cuenta

con el consentimiento del que no actuó, de manera que el ejercicio ordinario de la patria potestad constituye un presupuesto para que opere la presunción, entendiendo que tal ejercicio guarda relación con los actos usuales de la patria potestad, excluyendo los de mayor trascendencia —vg. actos dispositivos patrimoniales—, actos éstos que sólo quedarían amparados cuando concurriese el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor no actuante. Actuando uno de los progenitores en el ejercicio ordinario de la patria potestad y mediando buena fe del tercero se presume que el progenitor cuenta con el consentimiento del que no actuó.

Una segunda teoría el artículo 156 CC contiene una doble presunción que no se limita a los actos usuales de ejercicio de la patria potestad: por un lado, el progenitor que actúa lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad entendido como ejercicio conjunto (por ambos progenitores, regla general); por otra parte, que el progenitor actúa con el consentimiento del otro. Así, mediando la buena fe del tercero, se presumirá, tanto que el progenitor que actuó lo hizo en el ejercicio conjunto de la patria potestad, cuanto que lo llevo a cabo con el consentimiento del que no actuó.

En cuanto a su ámbito de aplicación, no falta quien entiende, aun cuando no lo comparto, que el precepto es aplicable vía analógica a las actuaciones llevadas a cabo por uno solo de los progenitores, de forma que la protección a los terceros de buena fe no actuaría únicamente en relación con los supuestos contemplados en los párrafos primero, segundo y tercero del art. 156 CC⁵¹. Después cabe preguntarse, en efecto, sobre si cabe extender la presunción del artículo 156.3 “in fine” a otros supuestos distintos de los indicados, esto es, a algunos de los supuestos incardinados en los párrafos 4 y 5 del mencionado precepto.

En primer lugar, no procede tal presunción cuando uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro (artículo 156.1 CC), ejerce la patria potestad en las relaciones jurídicas respecto de terceros de buena fe, o cuando el progenitor actúa investido de una facultad decisoria concedida por la Ley (art. 156.2 CC) o cuando en caso de desacuerdo concreto o habitual en el ejercicio de la patria potestad —esto es, ante un ejercicio individual por atribución judicial—, al progenitor al que se le atribuye por el Juez la facultad de decidir, total o parcialmente, en las relaciones jurídicas respecto de terceros de buena fe (art. 156.3 CC), actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad. Dicho de otro modo, los terceros de buena fe cuentan con la garantía de que el progenitor con el que entabla la relación jurídica actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

Los “supuestos de los párrafos anteriores” a los que se refiere el artículo 156.3. in fine son únicamente los supuestos en que el progenitor actúa individualmente por ser conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente

necesidad —art. 156.1 CC—. En estos casos los terceros se relacionan con ese progenitor que ejercita individualmente la patria potestad, desconociendo si existe acuerdo entre los progenitores, por todo lo cual nos encontramos ante la presunción legal consistente en que cada vez que uno de los progenitores actúa individualmente, ya sea en actos cotidianos de escasa relevancia ya sea en actos importantes, protegiendo a los terceros de buena fe presumiéndose que el progenitor actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad contando con el consentimiento del otro, de manera que el acto decaerá solo si los terceros eran conocedores o podían conocer que el progenitor no actuante había sido preterido⁵².

La presunción de actuar en el ejercicio ordinario un progenitor con el consentimiento del otro en beneficio de los terceros de buena fe no es una presunción “iuris et de iure”, sino de una presunción “iuris tantum”, refutable⁵³.

Por tanto, una vez que la Ley permite el ejercicio individual de la patria potestad o una vez que el Juez atribuye a uno de los progenitores el ejercicio individual de la patria potestad (o el reparto de las funciones propias de estos), no resulta precisa la presunción del apartado tercero in fine del artículo 156 CC, puesto que el progenitor actuante lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad sin la necesidad de un ejercicio conjunto de la misma por ambos progenitores, esto es, por uno de ellos con el consentimiento del otro.

En suma, respecto de esta presunción del artículo 156.3 in fine del CC se puede afirmar lo siguiente:

Primero. Que cuando se ejercita la patria potestad por uno de los progenitores con consentimiento expreso o tácito del otro (156.1. CC), es obvio que éste no hace falta presumirlo.

Segundo. Que si el progenitor ejerce la patria potestad individualmente por establecerlo así la Ley (art. 156.2 CC) o, en su caso, si una resolución judicial establece que actúa uno de los progenitores individualmente en el ejercicio de la patria potestad⁵⁴ (art. 156.3 CC), tampoco habrá nada que presumir, puesto que nos encontramos con actuaciones de ejercicio de la patria potestad en solitario totalmente amparadas.

En estas circunstancias precedentes, la eficacia del acto realizado con terceros está precisamente fundado en la atribución legal o judicial —art. 156.1. 2. y 3 del CC— otorgada a uno de los progenitores y no en presunción legal alguna. Esto es, en estas circunstancias, el tercero actúa ante un progenitor sobre el que no existe duda de que ejercita la patria potestad sin necesidad de presumir el consentimiento del otro progenitor actuante ya que el progenitor actúa válidamente conforme a Derecho.

Tercero. Que si el progenitor ejerce la patria potestad individualmente por ser conforme al uso social y a las circunstancias o situaciones de urgente necesidad, si bien actúa porque, apartándose de la regla general, la Ley se lo permite,

y para proteger la seguridad jurídica de un tercero, esa actuación individual en el ejercicio ordinario de la patria potestad precisa de la presunción de que la actuación del progenitor se realiza en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro, esto es, en tales supuestos se presume una configuración equivalente al consentimiento dual.

Por el contrario, si se llevase a efecto un acto con el tercero de buena fe ejercitándose individualmente la patria potestad por parte del progenitor que ha sido privado judicialmente de la facultad de decidir (o está excluido del ejercicio de la patria potestad), al admitir la presunción prueba en contrario, el acto carecería de validez ya que ese progenitor no puede llevarlo a cabo.

Únicamente en los supuestos referidos se protege al tercero de buena fe, sin que quepa tal protección en otros supuestos tales como en esos casos en que quien lleva a cabo el acto es el progenitor judicialmente privado de la facultad de decidir o excluido del ejercicio de la patria potestad, aunque el tercero ignorase tal privación o exclusión.

Resulta ilustrativo hacer referencia a lo dispuesto en la Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁵, en cuyos fundamentos de Derecho establece:

1. En el recurso se debate en torno a la inscribibilidad de una escritura de compra porque una persona casada, compareciendo por sí y en representación legal de quien afirma ser su hijo menor de edad adquiere para ella el usufructo y para el representado la nuda propiedad de determinada finca.
2. El registrador suspende la inscripción de la nuda propiedad a favor del menor por no acreditar, ni siquiera manifestarse, que a la compareciente corresponde en exclusiva el ejercicio de la patria potestad.
3. La actuación enjuiciada no puede considerarse que integra el contenido ordinario y habitual del ejercicio de la patria potestad como una de las actuaciones que usualmente son realizadas por uno sólo de los progenitores, no sólo por la valoración del art. 156.1 CC. en conexión a otros preceptos íntimamente relacionados con el artículo 1.319 CC, sino también dada la infrecuencia y transcendencia económica en cuanto altera la composición objetiva del patrimonio del menor (y nada se diga del dato de la sustitución del dinero por un bien cuyo goce quedaría sustraído al menor por tiempo indeterminado y a beneficio del propio padre).
4. El CC proclama a la vez la aptitud de uno solo de los progenitores para ostentar y ejercer la patria potestad en plenitud —art. 156.4 y 5 CC— y la titularidad dual de dicha función (art. 154.1 y 156.1 CC).

Se armoniza estos postulados mediante la fórmula de ejercicio conjunto o ejercicio unilateral consentido por el otro progenitor para las hipótesis

ordinarias y de ejercicio exclusivo para los casos de imposibilidad, ausencia, etc. de uno de los progenitores —art. 156.4 CC—.

En consecuencia, y dejando al margen los actos ajustados al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad para los que se prevé una regla especial, ...toda actuación individual en ejercicio de la patria potestad no puede obtener el reconocimiento que de su validez implica la inscripción en tanto no se acredite debidamente la causa que conforme a la Ley permite prescindir de la intervención del otro progenitor.

5. En el caso debatido, no aparece acreditado por el progenitor compareciente la concurrencia de alguna de las hipótesis en virtud de las cuales le correspondería en exclusiva el ejercicio de la patria potestad sobre el menor representado —art. 156.3.4. y 5 CC— y por otra parte, no cabe invocar la presunción del artículo 156.3.º del CC como argumento que posibilite la inscripción de la escritura calificada, por cuanto que el acceso al Registro exige que el acto inscribible y, por tanto, los requisitos para su validez vengan revestidos de la fuerza autenticadora que otorga el documento público (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 1218 del CC) a lo que no equivale la presunción señalada (artículo 156.3 in fine CC) —cualquiera que sea la amplitud que se le dé en función de la interpretación de la expresión “ejercicio ordinario de la patria potestad”...pues por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.251 del CC ha de calificarse de “*iuris tantum*”. Considerar ... que el progenitor actuante lo hace con el consentimiento del otro, afirmación que solamente decaería en caso de mala fe del tercero, supondría relegar la regla de actuación conjunta al ámbito interno y aceptar en las relaciones con terceros, la solidaridad, salvo en los casos de mala fe. Si tal ha sido la pretensión del legislador no puede negarse que su plasmación carece de la precisión deseable, dada la trascendencia de la solución adoptada. Se oponen, además, a la interpretación que se desecha, las siguientes razones...:
- d) La seguridad y fluidez del tráfico, único argumento que justifica tal posición, no queda especialmente entorpecida por la exigencia de concurrencia de ambos progenitores, y ha de tenerse en cuenta que ya se recogen ciertas previsiones protectoras del tráfico en el 2.º inciso del párrafo primero (validez de la actuación unilateral en ciertas hipótesis) y que también se adoptan especiales cautelas para los supuestos más graves recogidos del artículo 166 del CC.
- e) La exigencia de buena fe en el tercero que se contiene en el artículo 156.3 CC, no avala necesariamente tal posición interpretativa. Si la buena fe se reduce a una mera creencia en la existencia del consenti-

miento del progenitor no interviniente, ciertamente carece de sentido su exigencia para establecer una simple presunción “*iuris tantum*”: sería un requisito prácticamente inútil puesto que, en todo caso, para desvirtuar la buena fe o para impugnar su efecto (la presunción del consentimiento) habría de ser necesario y suficiente con acreditar la falta de aquel consentimiento. Por todo ello, la buena fe ha de entenderse como confianza razonable en la concurrencia de aquel consentimiento, confianza razonable que no puede apreciarse en quien no observa un mínimo de diligencia adecuado a la gravedad del acto, y con su exigencia se pretende que para que prospere la impugnación del acto por falta de consentimiento del progenitor no interviniente, no sea absolutamente necesario demostrar la inexistencia de ese consentimiento, sino que baste con acreditar la falta de buena fe (entendida en el sentido expuesto), en cuyo caso, será el tercero, si quiere lograr la declaración de validez del acto, quien debe probar la concurrencia de aquel consentimiento”.

III.4. LA EXTENSIÓN DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 156.3 “*IN FINE*” A OTROS SUPUESTOS INCARDINADOS EN LOS PÁRRAFOS 4 Y 5 DEL ART. 156 CC

Cabe preguntarse sobre si cabe extender la presunción del artículo 156.3 “*in fine*” a otros supuestos distintos de los indicados, esto es, a algunos de los supuestos incardinados en los párrafos 4 y 5 del mencionado precepto.

No obstante, la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad, el CC contempla determinados supuestos en los que el ejercicio de la patria potestad es individual.

III.4.A. En el párrafo 4 del artículo 156 CC, se establece que: “En defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”. Así, se establece un ejercicio exclusivo de la patria potestad para unos supuestos en los que uno de los progenitores se halla por ausencia u otra causa, imposibilitado para participar en el ejercicio de la patria potestad, de manera que en defecto de éste se atribuye al otro progenitor el ejercicio individual de la patria potestad. En este apartado se comprenden los siguientes supuestos: casos en los que sólo se ha determinado legalmente una paternidad (la maternidad); los supuestos de exclusión de la patria potestad del progenitor condenado por sentencia firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición (art. 111CC); los supuestos de privación de la patria potestad por sentencia firme con base en el incumplimiento de los deberes inherentes a la

misma o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 170 CC en relación con el art. 192.2 Código Penal); los casos de ausencia legalmente declarada —la simple desaparición habría de comprenderse en la “imposibilidad”(que comprende también la grave enfermedad u otra circunstancia de carácter estable)—; los supuestos de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores (a ello alude el precepto cuando utiliza la expresión “en defecto” de uno de los progenitores). En algunos de los casos expuestos se produce una suspensión en el ejercicio de la patria potestad (en otros se da una privación) que el progenitor recupera una vez cesada la situación que la ha motivado —vg. la ausencia—).

Entiendo que no cabe una aplicación de la presunción del artículo 156.3 “in fine” en alguno de esos susodichos casos que contempla el artículo 156.4 CC. Probadas esas situaciones de uno de los progenitores (acreditadas vg. mediante resolución judicial, declaración de ausencia legal...) actuará el otro progenitor que puede hacerlo (al establecerlo así el artículo 156.4 CC), que atribuye al mismo el ejercicio exclusivo de la patria potestad, sin necesidad, por tanto, de la presunción del artículo 156.3 in fine para proteger al tercero. Por otra parte, si tales situaciones no se dan, no cabe el ejercicio exclusivo por el otro progenitor y por ende tampoco cabe tal presunción.

III.4.B. La aptitud de alguno de los progenitores afectados por una discapacidad psíquica o intelectual ¿se puede considerar como un caso de imposibilidad para ejercer adecuada y responsablemente la patria potestad sobre sus hijos?

En ocasiones se cuestiona la aptitud de alguno o algunos de los progenitores afectados por una discapacidad psíquica o intelectual para ejercer adecuada y responsablemente la patria potestad —como una imposibilidad para su ejercicio— sobre sus hijos ante el riesgo de que dicho ejercicio pueda perjudicar su bienestar general⁵⁶.

Los artículos 5 y 12 de la Convención de Nueva York de 2006 reconocen el ejercicio de su capacidad jurídica de las personas con discapacidad psíquica⁵⁷. En el artículo 23.1 de la citada Convención establece que los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

- a) Se reconozca el derecho de estas personas en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges,
- b) Se respete el derecho de estas personas a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro.

En el apartado segundo del mentado artículo 23, se dispone que los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad, en lo que respecta a la custodia, la guarda, la adopción de niños y en todos

los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a estas personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

Los apartados 4 y 5 del citado art. 23 añaden que los Estados Partes asegurarán que los niños no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres debido a una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

En suma, en la Convención de 2006 se está reconociendo a la persona con discapacidad el derecho a formar su propia familia, a ejercer personalmente la patria potestad y a relacionarse con los hijos durante toda su minoría de edad, acompañado de la correlativa responsabilidad parental para que no quiebre el bienestar general del menor.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, promueve un modelo cuyo principio informador básico es el respeto a la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad en la toma de decisiones en todas las facetas de su vida, y también en las que se refieren a su esfera estrictamente personal y familiar.

Así pues, una persona con discapacidad psíquica puede tener hijos y ser titular de la patria potestad y de su ejercicio. La discapacidad intelectual no es motivo suficiente para privar al progenitor que padece esa discapacidad del ejercicio de la patria potestad de sus hijos, salvo que tal discapacidad condicione los cuidados y atenciones a los hijos menores, comprometiendo sus intereses.

Las dolencias psíquicas del progenitor cuando impiden desarrollar de manera idónea y responsable las funciones de la patria potestad en atención a los intereses de los hijos menores pueden llegar a condicionar el ejercicio de la patria potestad del afectado. Por tanto, aquellas patologías que no alcanzan a las aptitudes para cuidar y atender debidamente a los hijos menores no afectan al ejercicio de la patria potestad del progenitor con esa discapacidad⁵⁸.

Por otra parte, el ejercicio de la patria potestad por aquellos progenitores que padecen algún tipo de discapacidad intelectual puede determinar la necesidad de apoyos para afrontar adecuadamente su ejercicio como institución cuya finalidad primordial es velar por el interés de los menores.

Este tema admite varias perspectivas según que la discapacidad psíquica o intelectual afecte a uno o a ambos progenitores, según que estos vivan juntos o afronten la maternidad o paternidad en solitario.

Ahora bien, no se puede menos de reconocer que en la práctica puede producirse *una tensión entre el ejercicio igualitario de la patria potestad de los progenitores con discapacidad intelectual y la protección jurídica de los menores*, debiendo primar el interés del menor.

En ocasiones, los progenitores con discapacidad intelectual necesitarán apoyos para prevenir determinadas situaciones de riesgo y desamparo de los menores. Los apoyos necesarios, han de ser suficientes y efectivos para mantener a los menores en compañía de sus progenitores con discapacidad intelectual.

Los presupuestos que habilitan la articulación de apoyos son:

- a) la necesidad de ayuda para lograr el cumplimiento adecuado de las obligaciones parentales —para criar, cuidar, educar o tomar decisiones en torno a los distintos aspectos de la vida de los hijos menores (como la salud o educación)—
- b) la necesidad de proteger al menor tras comprobar las carencias de tipo material o psicológico detectadas en los menores.

Para apreciar la necesidad objetiva de apoyos y el tipo de apoyo, alcance y contenido, habrá que estar a la intensidad, tipología y de la discapacidad intelectual que padece el progenitor, la edad del menor, las ayudas efectivas con el que cuenta en su entorno familiar y vínculo afectivo del menor con el progenitor, entre otras circunstancias.

Por tanto, los progenitores titulares de la patria potestad con discapacidad, la ejercen de forma personal y libremente, sin discriminación alguna, siempre que logren el adecuado cumplimiento de sus obligaciones parentales. No obstante, si la discapacidad intelectual afecta a uno o ambos progenitores, puede ser necesario acudir a medidas de apoyo para el ejercicio de la patria potestad y las relaciones paterno-filiales. Lo contrario atentatoria contra la igualdad jurídica en los derechos familiares por las personas con discapacidad y contra el superior interés del menor.

Sólo si por la discapacidad intelectual se dejase de cumplir con los deberes parentales, o se incidiese en la guarda y atención de los hijos menores, se proveerán las correspondientes medidas de apoyo en interés superior del menor, pudiendo llegarse a la privación de la patria potestad, medida esta que ha de interpretarse de manera restrictiva.

Las enfermedades mentales graves (trastornos de la personalidad, depresiones severas, conductas agresivas y las provocadas por ciertas adicciones) constituyen la principal causa de la desatención moral o material de los menores,

circunstancia que puede conducir a la privación de la patria potestad como ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia.

En suma, salvo en esos supuestos graves de discapacidad intelectual, los progenitores con discapacidad no deben ser apartados de la compañía de sus hijos menores, ejerciendo —con o sin apoyos— la patria potestad.

Ahora bien, aún en los casos más graves de enfermedades mentales (esquizofrenia y otros trastornos de la personalidad), el progenitor que padece discapacidad intelectual (según muestra el informe del equipo psicosocial-art. 92.9 CC—) puede ejercitar funciones parentales si la enfermedad está tratada y se lleva un seguimiento periódico por personal médico.

Son frecuentes los pleitos referidos a la custodia de los hijos en los casos de discapacidad intelectual de alguno de los progenitores (enfermedades mentales y derivadas de ellas, alcoholismo y drogadicción) sin tratar o con evolución negativa, situación que impide la custodia individual o compartida de sus hijos menores a favor de ese progenitor puesto que su discapacidad intelectual grave afecta al interés del menor.

No obstante, en el caso de que los progenitores con discapacidad intelectual siguen el tratamiento y no se condiciona el interés del menor en el ejercicio de la patria potestad, esos progenitores ejercerán sus capacidades parentales⁵⁹.

A diferencia de lo establecido en el art. 157 CC respecto del ejercicio de la patria potestad de los menores no emancipados —*que ejercerán la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, del juez*—, el CC no regula específicamente la necesaria y proporcionada asistencia en el ejercicio de la patria potestad mediando discapacidad intelectual que afecta a uno o ambos progenitores.

La responsabilidad parental es una función personalísima —actos personalísimos— y por tanto no susceptible de representación legal. Además, la patria potestad es indisponible, irrenunciable e intransferible. No obstante, la noción de apoyo es muy amplia y permite incluir en ella no sólo apoyos jurídicos, sino cualquier otro ya sea familiar o delegaciones de cuidados prestados a los hijos menores a favor de familiares, amigos o cuidadores, a cuyo auxilio se recurre en caso de discapacidad intelectual de uno o ambos progenitores.

En estos casos de ejercicio de la patria potestad mediando discapacidad intelectual de uno de los progenitores, cabe que el apoyo para el ejercicio de la patria potestad lo preste el otro progenitor, pues viven juntos, posibilidad prevista en el art. 156 CC.

Se prioriza la voluntad de los progenitores con discapacidad, reconociendo su derecho a elegir y a designar a la persona que presta el apoyo al ejercicio de la patria potestad, persona que goza de su plena confianza que actuará debidamente en el desempeño de la labor de apoyo en la crianza y educación de sus hijos me-

nores. Puede materializarse mediante un acuerdo de apoyo con la persona que lo presta, si bien convendría que se instrumentalizará notarialmente.

En defecto de los apoyos voluntarios, acordados o cuando estos resulten ineficaces o insuficientes, procede acudir a los apoyos formales o institucionales para garantizar suficientemente el interés del menor. En cuanto a los apoyos institucionales, ante la ausencia, insuficiencia o ineficiencia del apoyo familiar en el ejercicio de la patria potestad, seguido de la constatación de una situación de riesgo o de desprotección del menor, queda justificada la intervención de los apoyos institucionales a través del sistema de protección pública de los menores.

El progenitor con discapacidad psíquica, aunque no siempre precisa de la adopción de medidas de apoyo, es titular del derecho a los apoyos necesarios prestado por las autoridades de manera proporcionada, suficiente y personalizada para el ejercicio personal y responsable de la patria potestad y poder prevenir situaciones de desprotección del menor. El apoyo institucional constituye un deber de inexcusable cumplimiento dada la facultad de los padres para recabar el auxilio de la entidad pública en el ejercicio de sus funciones-art. 154 CC—.

Este apoyo tiene un doble objetivo: incorporar la voluntad del progenitor con discapacidad intelectual en orden a sus preferencias y deseos en cuanto a los cuidados y educación del hijo menor, y garantizar a la vez los derechos del menor a permanecer en compañía de sus padres, siendo oído manifestando sus propias opiniones —art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor—.

Para las situaciones más graves de discapacidad intelectual del progenitor, el apoyo institucional se canaliza a través de la constitución de la guarda provisional de menores —art. 172.bis CC— o mediante el acogimiento familiar urgente o temporal —art. 172.ter CC—, medidas que han de tener vocación de transitoriedad, atendiendo al principio de reintegración del menor a su entorno familiar.

¿Cabe la renuncia del progenitor con discapacidad intelectual a su derecho a recibir el apoyo para el ejercicio de la patria potestad?

Coexiste el reconocimiento de su autonomía para el ejercicio de la patria potestad con el deber de los padres de prestar a sus hijos menores de edad asistencia de todo tipo.

Ahora bien, el reconocimiento del principio de autonomía para el ejercicio de la patria potestad de los padres con discapacidad intelectual no les posibilita negarse a recibir los apoyos necesarios para el ejercicio responsable de la patria potestad puesto que prima el interés del menor.

Por tanto, el progenitor con discapacidad ha de colaborar para recibir los apoyos necesarios ya que no es admisible que la falta de colaboración sea la causa para incumplir con el ejercicio responsable de la paternidad.

No cabe comprometer el interés del menor por la pasividad del progenitor, siendo inoperativa la renuncia de los apoyos requeridos para el responsable ejer-

cicio de la patria potestad. Si se diese el caso, habría de intervenir el Ministerio Fiscal, así como la Administración competente, para que el incumplimiento de los deberes parentales, no acaben en una situación de riesgo o en la declaración de desamparo del menor.

El reconocimiento del derecho de los padres con discapacidad intelectual a ejercer la patria potestad con libertad respecto a las cuestiones de la vida de sus hijos menores no puede ir, en ningún caso, en contra de del propio beneficio del menor, afectando a su salud, educación, seguridad o cualquier situación de desprotección.

Otro supuesto distinto es el del menor no emancipado. Éste ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez —art. 157 CC—.

Por último, retomando lo dispuesto en el artículo 156.4 CC, señalar que cuando se atribuye el ejercicio individual de la patria potestad a uno de los progenitores por “*imposibilidad de uno de los progenitores*”, queda impreciso y poco claro el precepto por su amplitud. Su apreciación no debe ser entendida en sentido amplio, excluyéndose aquella meramente momentánea u ocasional, ya que para esos supuestos se ha de acudir a lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 156CC: la patria potestad se ejercerá de manera individual conforme a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad que, por tanto, no admiten demora. Cosa distinta es el cómo probar estas situaciones de imposibilidad.

El art. 156.4 CC regula algunos casos en que el ejercicio conjunto de la patria potestad es imposible, y compete sólo a uno de los progenitores⁶⁰, por tanto, son supuestos de titularidad individual—. El término “en defecto” engloba los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento, indeterminación legal de la filiación respecto de uno de los progenitores. La ausencia han de ser los casos de ausencia legalmente declarada —la simple desaparición habría de comprenderse en la “imposibilidad”⁶¹—. Los casos de imposibilidad comprenden, las enfermedades y otras causas que de hecho impidan a uno de los progenitores el ejercicio de la patria potestad.

III.4.C. En el párrafo 5 del art. 156 CC, se contemplan supuestos de separación de hecho y casos de ausencia de matrimonio entre progenitores: “Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”.

El ejercicio de la patria potestad en los supuestos en que los progenitores no convivan —falta de convivencia de progenitores ajenos a la nulidad, separación o divorcio— plantea problemas. Se trata de supuestos de los cónyuges unidos

en matrimonio que han dejado de vivir juntos y no han tramitado la nulidad, la separación o el divorcio; los casos en que existiendo unión de hecho ha cesado la convivencia y, por último, cuando los progenitores nunca han vivido juntos.

Este párrafo no está referido a progenitores separados judicialmente puesto que en ese tipo de separación el juez previó lo que proceda en relación con el ejercicio de la patria potestad, bien en lo previsto en el convenio regulador —art. 90 CC—, bien en la propia sentencia de separación en defecto de tal convenio —art. 91 CC—.

En suma, el artículo 156.5 “in fine” únicamente se refiere a los hijos extra-matrimoniales, de progenitores que no conviven, y sobre los que ambos tienen la patria potestad. Es el propio precepto el que, para tales casos, establece que sea el progenitor que convive con el hijo, quien ejercite la patria potestad. Eso sí, el otro progenitor puede oponerse mediante una solicitud fundada en interés del hijo para que se atribuya al solicitante la patria potestad conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos progenitores las funciones inherentes a su ejercicio —art. 156.5 CC—.

Como se puede observar, el precepto vincula la atribución del ejercicio de la patria potestad a la convivencia del menor con uno u otro progenitor, dependiendo de la voluntad, en principio de la voluntad de los padres. Estamos ante separaciones de hecho, tanto de cónyuges separados de hecho⁶² o progenitores no casados (art. 87.2 CC), ya que, en la separación de Derecho, en la sentencia judicial o en ejecución se habrían adoptado las medidas oportunas (art. 86 y ss. CC).

En el art. 156.5 CC se parte del supuesto de hecho de previa convivencia del hijo con uno de los progenitores sin medias oposición del otro progenitor o bien porque concurre el acuerdo expreso o tácito del mismo. También ocurre en el supuesto en que los progenitores nunca han vivido juntos y el hijo conviva con uno de ellos, o cuando mediando o no matrimonio, los progenitores ya no viven juntos y el hijo viene conviviendo con uno de ellos, o porque el hijo convive con el único progenitor respecto del cual la filiación está determinada. En los susodichos supuestos —matrimoniales o no matrimoniales— se da una asignación legal del ejercicio de la patria potestad al progenitor con quien los hijos convivan, pero sin que la titularidad se altere⁶³.

Por tanto, respondiendo a la pregunta de si es posible aplicar la presunción del artículo 156.3 CC a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 156 CC, hemos de concluir que, si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá, en principio por el progenitor con quien el hijo conviva. Sin embargo, si a solicitud del otro progenitor, el Juez le atribuyese la patria potestad, en interés del hijo, para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio⁶⁴. La actuación que realice ese progenitor no conviviente no está amparada por la presunción del artículo 156.3 CC,

sino por la propia medida judicial que siempre se podrá acreditar. Igualmente, si la actuación se llevase a cabo por el progenitor separado que convive con el menor, no se precisa de tal presunción, puesto que tiene legalmente atribuido el ejercicio de la patria potestad.

En definitiva, es clara la regla general del art. 156.5 CC para los casos en que los progenitores no viven juntos. La convivencia del hijo con uno de los progenitores lleva aparejada la atribución del ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, si no cabe aplicarse esa norma porque no se da el supuesto de convivencia exclusiva del hijo con uno de los progenitores porque no hay acuerdo al respecto entre éstos, habrá de determinarse al cuidado de cuál de los progenitores ha de quedar el hijo y habrá de ejercer la patria potestad: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oírà, antes de tomar esta decisión, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueren mayores de doce años” (art. 159 CC).

IV. CONCLUSIONES

I. En cuanto a la *naturaleza de la presunción* del artículo 156.3.CC, para unos *iuris tantum* y para otros *iuris et de iure*, la Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende acertadamente que la presunción del consentimiento que se recibe en el artículo 156 CC ha de calificarse de *iuris tantum*.

Tras analizar los apartados anteriores del artículo 156 CC, cabe concluir que el apartado 3 “*in fine*” del artículo 156 CC *tiene mucho menos alcance del que parece*. Las actuaciones individuales de un progenitor llevadas a cabo en uso de una legitimación individual dispuesta directamente o autorizada judicialmente ya vienen validadas en origen y lo que no puede llevarse a cabo por no contar con mecanismo de validez originario no cabe subsanarlo para determinar la validez del acto para proteger a los terceros de buena fe⁶⁵.

En definitiva, “los supuestos de los párrafos anteriores” a que alude el párrafo tercero *in fine* del artículo 156 CC, quedarán circunscritos a los actos del párrafo primero *in fine* del mismo precepto: aquellos que realiza uno solo de los progenitores “conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

II. Por todo lo anterior, podemos calificar ese inciso final del párrafo tercero como prescindible ya que los actos realizados por uno de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad,

son calificados por el art. 156.1 *in fine*: como “válidos” con lo que el apartado final del párrafo 3.º del art. 156 CC no supone nada más que un plus de tranquilidad, si cabe, a los terceros en tales supuestos en los que el propio CC prevé actuaciones individuales en el ejercicio de la patria potestad, de manera que si el otro progenitor no actuante no está de acuerdo podrá reaccionar contra la decisión del progenitor que individualmente actuó, protegiendo al tercero que actuó de buena fe.

El art. 156.3 “*in fine*” pretende proteger a los terceros de buena fe con la finalidad de evitar que se impugnen los actos llevados a cabo, en supuestos muy concretos del art. 156.1. “*in fine*”, por uno de los progenitores.

Así, el art. 156 CC una vez que en su párrafo primero la regla general del ejercicio conjunto, después, recoge en unos supuestos la validez de los actos realizados por uno de los progenitores. Luego, en su párrafo tercero “*in fine*” establece una norma que protege a los terceros de buena fe con la finalidad de evitar que se impugnen los actos llevados a cabo por solo uno de los progenitores.

Aunque el precepto alude a “los supuestos de los párrafos anteriores”, su alcance de aplicación es mucho más reducido. La protección a los terceros de buena fe aplicable a las actuaciones llevadas a cabo por uno solo de los progenitores se reduce a lo previsto en el art. 156.1 “*in fine*”. Actuaría uno de los progenitores en el ejercicio ordinario de la patria potestad —conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad— y mediando buena fe del tercero se presume que el progenitor cuenta con el consentimiento del que no actuó. Por tanto, cuando el progenitor que actúa lo hace en el ejercicio ordinario de la patria potestad (el conjunto de ambos progenitores) del art. 156.1. “*in fine*”, se presume que el progenitor actuante lo hace con el consentimiento del otro. Mediando buena fe del tercero, la norma presumirá que el progenitor que actuó en el ejercicio ordinario de la patria potestad (el conjunto), lo llevo a cabo con el consentimiento del que no actuó.

El ejercicio ordinario de la patria potestad se refiere a los actos usuales de la patria potestad del art. 156. 1. “*in fine*”, excluyéndose actos de mayor trascendencia en el ámbito patrimonial. Por tanto, el tercero de buena fe ante esos actos que exceden el ejercicio ordinario de la patria potestad únicamente quedaría protegido cuando concurra el consentimiento expreso del progenitor que no actuó.

III. En mi opinión, aun cuando pudiera parecer que el art. 156.3 “*in fine*” para proteger a los terceros de buena fe presume que el progenitor actuante en el ejercicio ordinario de la patria potestad cuenta con el consentimiento del otro, de forma que el acto decaerá solo si los terceros eran conocedores o podían conocer que el progenitor no actuante había sido preterido, la exigencia de buena fe en el tercero que se contiene en el artículo 156.3 CC, no avala necesariamente tal posición. *La buena fe queda determinada por la confianza razonable en la con-*

currencia del consentimiento del progenitor no interviniente, confianza razonable que no puede apreciarse, como afirma la Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en quien no observa un mínimo de diligencia adecuado a la gravedad del acto, de manera que para prosperar la impugnación del acto por falta de consentimiento del progenitor no interviniente, no sea absolutamente necesario demostrar la inexistencia de ese consentimiento, sino que baste con acreditar la falta de buena fe, en cuyo caso, será el tercero, si quiere lograr la declaración de validez del acto, quien debe probar la concurrencia de aquel consentimiento.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984), Comentario a los artículos 154-161 y 164-168, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid,
- BONET RAMÓN, F. (1962) *Código Civil comentado*, Aguilar, Madrid, p. 203 y 204.
- CASTÁN VAZQUEZ, J.M. (1960) “La patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, en la pp. 111 y ss.
- CASTÁN VAZQUEZ, J. M.^a (1993), “Comentarios a los artículos 154-171”, en *Comentarios del Código Civil*, T. I Ministerio de Justicia, Madrid
- DE LA VÁLGOMA, M. (1981) “Notas sobre la titularidad del ejercicio de la patria potestad”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 62, pp. 89 a 104
- DE PADRA GONZÁLEZ, J. M. (1982),” La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, pp. 253-325
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a (1983), “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 25, pp. 355-420
- DÍEZ PICAZO, L. (1982), “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, n.º 1, pp. 3-20
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997), *Sistema de Derecho Civil IV*, Tecnos, Madrid,
- FUENTE NORIEGA, M. (1986), *La patria potestad compartida en el Código Civil Español*, Madrid
- GORDILLO CAÑAS, A. (1982), “La protección de los terceros se buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, pp. 1111-1160.
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2021), “Patria potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor: La imprescindible supresión legal de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, julio-agosto, pp. 101 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J.L SANCHO REBULLIDA, F. DE A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984). *Derecho de familia*, José María Bosch, Barcelona
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1997)., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 4.ª Edc. Bosch, Barcelona

- LACRUZ BEERDEJO, J.L. (2010), *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, (Edc. puesta al día por Joaquín Rams Albesa), Dykinson, Madrid
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024), *Curso de Derecho Civil, Vol. IV, Derecho de Familia*, 7.ª Edc., EDISOFER.
- PADIAL ALBÁS, A., SERRANO MASIP, M., TOLDRÁ ROCA, M.D. (2011), “Titularidad y ejercicio de la potestad parental en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña* (Coord. Barrada Orellana, R.; Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S.), Ed. Bosch, Barcelona, pp. 687 y ss.
- PEREA, J. M. (2008) *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2021), “Capítulo 15, La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad.”, en *Curso de Derecho Civil, Vol. IV. Derecho de Familia*, 6.ª Edc. 2021 (Coord. Martínez de Aguirre Aldaz, C.), EDISOFER, S.L., pp. 385 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2001) “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, pp. 281 a 330.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2002) “Reflexiones sobre los deberes paternofiliales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, (Coord. Cabanillas Sánchez, A.), V. III, (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), Civitas, Madrid, pp. 4887-4900.
- RUBIO SAN ROMÁN, J. I. (2000), “Comentario a los artículos 154-161 y 169-171”, en *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2 (Coord. Rams Albesa y Moreno Flores), J.M. Bosch, Barcelona,, pp. 1492
- SANTOS MORÓN, M.J (2002). “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio”, *La Ley, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 7, pp. 1632-1638.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1912) *Estudios de Derecho Civil*, T. V, vol. II, Madrid, p. 1117 y ss.
- SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), *La patria potestad dual*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao
- SUÁREZ BLAZQUEZ, G. (2014) “La patria potestad en el Derecho Romano y en el Derecho Altomedieval visigodo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º36, pp. 159 a 187.
- URIBE SORRIBES, A. (1983), “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid,, pp. 239 a 278
- VOLTERRA, E. (1977) *Istituzioni di Diritto Privato romano*, Ed. Edizioni Ricerche, Roma.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), “Art. 154”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp. 761 y ss.
- YZQUIERDO TOLSDA, M. (2011), “Art. 156 ”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp. 773 y ss.,

NOTAS

¹ SUÁREZ BLAZQUEZ, G. (2014) “La patria potestad en el Derecho Romano y en el Derecho Altomedieval visigodo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º36, pp. 159 a 187. También, sobre el tema, VOLTERRA, E. (1977) *Istituzioni di Diritto Privato romano*, Ed. Edizioni Ricerche, Roma.

² Partiendo del Derecho romano, la evolución de la patria potestad en el Derecho visigodo no experimentará grandes transformaciones más allá de la influencia del cristianismo. El marido sigue siendo la autoridad y el titular exclusivo como paterfamilias: así se refleja en la Ley Romana Visigothorum, promulgada en el año 506 por Alarico II. El cristianismo interviene para que la patria potestad se ejerza conforme a la doctrina de la Iglesia —a natura—.

³ En la realidad social de la época de la aprobación del CC existía desigualdad entre los esposos y entre los hijos, lo que se traduce en una patria potestad que concedía amplia autoridad al padre, si bien se fue atenuando con el paso del tiempo,

⁴ CASTÁN VAZQUEZ, J.M. (1960) “La patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, en la pp. 111 afirma que el art. 154 ha de ser interpretado de manera que evite “en lo posible las situaciones injustas que, al amparo de una interpretación rígida podrían presentarse”, y añade en la p. 113 que no se puede afirmar que “la madre no es nadie” en el Código Civil puesto que se le reconocía ciertos derechos maternos. DE LA VÁLGOMA, M. (1981) “Notas sobre la titularidad del ejercicio de la patria potestad”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 62, pp. 89 a 104, entiende que la patria potestad se ejercía especialmente por la madre en el aspecto personal, mientras se atribuía legalmente con preferencia al padre. La doctrina interpreto el art. 154 CC del modo más favorable posible para los hijos y la madre, estimando que el precepto no excluía una cierta participación de la madre en la patria potestad durante la vida del padre, así SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1912) *Estudios de Derecho Civil*, T. V, vol. II, Madrid, p. 1117.

⁵ En este sentido vide BONET RAMÓN, F. (1962) *Código Civil comentado*, Aguilar, Madrid, p. 203 y 204.

⁶ STS de 13 de diciembre de 1.909. URIBE SORRIBES, A. (1983), “La representación de los hijos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, pp. 239 a 278, concretamente en la p. 245 entiende que la intervención de la madre en su ejercicio fue esgrimida en las relaciones internas de la familia.

⁷ STS de 3 de diciembre de 1946.

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2002) “Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, (Coord. Cabanillas Sánchez, A.), V. III, (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), Civitas, Madrid, pp. 4887-4900.

⁹ DÍEZ PICAZO, L.(1982), “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, n.º 1, pp. 3-20, en la pp. 3 y 4, dice “La reforma tenía por objetivo básico establecer la llamada patria potestad conjunta, esto es, la igual participación de ambos progenitores en su titularidad y en su ejercicio...El objetivo de hacer por igual partícipes a ambos progenitores en la titularidad y en el ejercicio de la patria potestad se encontraba prefigurado en la Ley de 2 de mayo de 1975, que consagró el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio del que la patria potestad conjunta es una inevitable secuela. Después, con mayor fuerza, el artículo 32 de la Constitución, ha hablado de “matrimonio con plena igualdad jurídica” ... La reforma del Título VIII del Libro I ha estado guiado por el objetivo primordial de instaurar en nuestro Derecho la patria potestad conjunta...”

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), Art. 154, Código Civil Comentado, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp. 761 y ss.: “No se piense, sin embargo, que el régimen jurídico de las diferentes implicaciones del instituto se encuentra todo el contenido en este Título VII (del CC), pues junto con las derivaciones de orden penal, administrativo, laboral, etc., lo cierto es que hay otros preceptos a lo largo del Código Civil que sirven para integrar la regulación en cada escenario...” y menciona los arts. 20.1.a), 90 y ss., 111, 172 y ss., 226,243, 277, 314,317,320, 627, 854 y 855,966, 1810 y 1903.y añade “tampoco es del todo correcto el término “relaciones paterno-filiales” con que se intitula este Título VII, pues, por un lado, existen en otros lugares del Código Civil numerosas normas que gobiernan las relaciones entre padres e hijos (así, no pocas de las contenidas en el Título VI comprometen a aquéllos a prestar alimentos a éstos como consecuencia precisamente del parentesco entre unos y otros), pero es que además, lo que interesa en los artículos 154 y ss. son las relaciones entre los padres y no cualesquiera hijos, sino los que se encuentran sometidos a patria potestad, que son los hijos no emancipados...”

¹⁰ DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a (1983), “La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 25, pp. 355-420.

¹¹ SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), La patria potestad dual. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, p. 19 entiende que la igualdad de los esposos no debe considerarse como autonomía de cada cónyuge, sino como solidaridad de los mismos “de donde surge un nuevo concepto de unidad: se trata de llevar a cabo una redistribución de los poderes y cargas del matrimonio, sustituyendo la autoridad de uno por el acuerdo de ambos; acuerdo que expresa la unidad sustancial de la pareja frente al sistema anterior, que pretendía fundamentalmente conseguir una unidad meramente formal”.

¹² Ello se pone de manifiesto cuando los artículos 156, 157, 158, 166 ó 168 del CC, entre otros, establecen la intervención judicial en los momentos en los que el interés del hijo lo precisa. Este planteamiento estuvo presente en la reforma de 1981 acompañado del principio básico de que se trata de una función siempre ejercitable en beneficio del hijo por lo que cualquier situación de conflicto se debe resolver en interés del menor. Así, de este modo, en aplicación del art 92.8 CC entendiendo que solo en interés del menor es aconsejable la custodia compartida por parte de padres divorciados y aun cuando ellos no lo hayan solicitado de mutuo acuerdo, así, vide la STS de 1 de octubre de 2010, RJ 2010, 7302. DE TORRES PEREA, J. M. (2008) *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Iustel, Madrid, especialmente pp. 21 y ss., configura el interés del menor como un Principio General del Derecho que se ha recogido en la LO 1/1996 en forma de cláusula general, por lo que ha adquirido fuerza de Ley. Su carácter de cláusula general permite reformular todo el Derecho de familia cuyo eje de gravedad será ahora el menor, debido al carácter superior de su interés sobre cualquier otro concurrente. En esta fase de transformación del Derecho de familia, debe ser éste reinterpretado superando los viejos esquemas patriarcales que se regían por el “deber ser de las cosas”, pues la familia se justifica ahora en tanto sea cauce para el pleno desarrollo de sus miembros, especialmente los menores que merecen una protección reforzada.

¹³ LACRUZ BERDEJO, J.L SANCHO REBULLIDA, F. DE A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984). *Derecho de familia*, José María Bosch, Barcelona, p. 215.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984); *Derecho de familia*, José María Bosch, Barcelona, p.221.

¹⁵ Sobre este particular, HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2021), “Patria potestad y discapacidad: apoyo a la parentalidad responsable y protección del menor: La imprescindible

supresión legal de la patria potestad prorrogada y rehabilitada”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, julio-agosto, pp. 101 y ss.

¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M.(2011), “Art. 154”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp.762 y ss.: “Desde luego, el deber paterno de piedad ya se hallaba presente en el Derecho justiniano, y desde entonces con el influjo del cristianismo, pero aún en la etapa de la codificación, el individualismo que invade por doquier el proceso se reserva, cuando de la familia se trata, al paterfamilias, porque el parecido entre “padre” y “patrón” no es algo meramente fonético, sino literalmente etimológico: si la familia constituía el equipo de una explotación económica de producción reparto y consumo, en el que el padre se confundía con el patrón, la diferencia con las otras dos grandes instituciones básicas de los Códigos está en que, si en la propiedad o en el contrato la concepción es la libertad, en la familia la concepción es la propia de la jerarquía “.

¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), “Art. 154”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas-Thomson Reuters, 1.º Edc., pp.763: “...Una potestad cuyo entramado de relaciones trasciende del grupo y se presenta como algo sometido a control público a través de la vigilancia del juez, lo que permite predicar de ella el abandono del terreno de las potestades de Derecho privado.”

¹⁸ STS de 31 de diciembre de 1996, RJ 1996, 9223.

¹⁹ En determinadas circunstancias, las normas extracodiciales reconocen al menor cierta autonomía con base en el libre desarrollo de la personalidad, propiciándose la intervención del menor en aspectos personales atenuando, cuando no excluyendo la intervención de sus padres-vg. en ámbitos como el derecho al honor, intimidad personal y propia imagen, en materia sanitaria... En estos supuestos, en los que las normas se remiten a criterios de madurez en la medida que la capacidad se desvincula de la mayor edad, es el menor quien termina actuando por sí solo o con el consentimiento de sus padres como representantes legales. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (2021), “Capítulo 15, La protección de los menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La patria potestad.”, en *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV. Derecho de Familia, 6.ª Edc. 2021 (Coord. Martínez de Aguirre Aldaz, C.), EDISOFER, S.L., pp. 385 y ss. STS de 31 de diciembre de 1996.

²⁰ STS de 22 de mayo de 1993.

²¹ DÍEZ PICAZO, L. (1982) “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de Patria Potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, T. 35 (1), pp. 3 a 20. LACRUZ BEERDEJO, J.L. (2010), *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, (Edc. puesta al día por Joaquín Rams Albesa), Dykinson, Madrid, pp. 399 y ss. LLAMAS POMBO, E., El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, Trivium, Madrid, 1993, pp. 53 y ss. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2001) “La guarda y custodia de los hijos”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 15, pp. 281 a 330.

²² PADIAL ALBÁS, A., SERRANO MASIP, M., TOLDRÁ ROCA, M.D. (2011), “Titularidad y ejercicio de la potestad parental en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña* (Coord. Barrada Orellana, R.; Garrido Melero, M., y Nasarre Aznar, S.), Ed. Bosch, Barcelona, pp. 687 y ss.

²³ STS de 31 de diciembre de 1996.

²⁴ STS de 24 de abril de 2000.

²⁵ STS de 17 de junio 1995.

²⁶ El artículo 162 CC, exceptúa de la representación paterna ciertos actos referidos a determinados derechos de la personalidad y, en general, aquellos que, según sus condiciones de madurez, pueda el menor realizar por sí mismo.

²⁷ Art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y STS de 14 de septiembre de 2018.

²⁸ STS de 12 de febrero de 1992.

²⁹ STS de 31 de diciembre de 1996.

³⁰ STS de 29 de mayo de 2001.

³¹ STS de 25 de junio de 1994.

³² STS de 20 de enero de 1993.

³³ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011), “Art. 154 CC”, *Código Civil Comentado*, Vol. I, (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas-Thomson-Reuters, Navarra, 1.ª Edc. p. 769.

³⁴ Recordemos que el art. 39 de la CE dispone que: “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

³⁵ En relación con el problema referido a la situación creada por los padres que optan por sustraer a sus hijos del sistema educativo obligatorio vide la STC 260/1994, de 3 de octubre, RTC, 1994, 260.

³⁶ STS n.º 622/1996, de 13 de julio.

³⁷ La guardia y custodia se identifica con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, STS de 19 de octubre de 1983.

³⁸ Art. 54.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, modificado por Real Decreto 2162/1996 de 20 de diciembre.

³⁹ Art. 92.5 CC. Para la guardia y custodia compartida, ha de valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras del beneficio del hijo común menor no emancipado. Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas n.º 327/2004, de 15 de abril y de la Audiencia Provincial de Barcelona n.º 140/2004, de 3 de marzo.

⁴⁰ BOE de 8 de febrero de 2023.

⁴¹ SANTOS MORÓN, M.J (2002). “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio”, *La Ley, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 7, pp. 1632-1638.

⁴² STS de 17 de junio de 1995, RJ 1995, 5304.

⁴³ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1997)., *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, 4.ª Edc. Bosch, Barcelona, p. 574. SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), *La patria potestad dual*, Bilbao, pp. 35 y 36.

⁴⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9944) y de 30 de noviembre de 1989, RJ 1989, 9719. YZQUIERDO TOLSADA, M.(2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp. 773 y ss., considera que “así ha de suceder, y con más razón, cuando la doctrina de los propios actos acompaña a casos tan cotidianos como que sea uno de los padres el que procede a matricular al menor en el mismo centro docente que aquel en el que se ha estudiado durante los años anteriores a su inscripción en las mismas actividades extraescolares, etc. Distinto será el escenario si se trata de matricular al niño en un nuevo colegio con distinto ideario o método de enseñanza, inscribirle en nuevas actividades deportivas que entrañan cierto riesgo (v.gr. cambiar el tenis por el kárate), cambiarle de sociedad médica, decidir un determinado tratamiento para combatir la obesidad etc.”

⁴⁵ Artículo 6.2 Código Civil.

⁴⁶ YZQUIERDO TOLSDA, M.(2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra,, pp. 774, considera “poco coherente que en situaciones de crisis matrimonial puedan los padres pactar en convenio regulador las medidas que tengan por conveniente sobre el cuidado de los hijos y, de manera general, sobre el ejercicio de la patria potestad (art. 90.1.a) CC) y no puedan hacer lo mismo en situaciones de completa normalidad. Incluso, cabe pensar en las capitulaciones matrimoniales como sede posible para este tipo de pactos, pues por más que el contenido de este negocio jurídico tenga carácter fundamentalmente patrimonial, el art. 1325 permite que los otorgantes estipulen “cualesquiera otras disposiciones” en la escritura pública que las formalice”.

⁴⁷ FUENTE NORIEGA, M. (1986), *La patria potestad compartida en el Código Civil Español*, Madrid, p. 231.

⁴⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1984), Comentario a los artículos 154-161 y 164-168, en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, p. 1063.

⁴⁹ DE PADRA GONZÁLEZ, J. M. (1982),” La patria potestad tras la reforma del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, pp. 253-325, en concreto p. 275.

⁵⁰ SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988), *La patria potestad dual*, Universidad del País Vasco, 420 p.

⁵¹ GORDILLO CAÑAS, A. (1982), “La protección de los terceros se buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, pp. 1111-1160.

⁵² YZQUIERDO TOLSDA, M. (2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp.779.

⁵³ DíEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997), *Sistema de Derecho Civil IV*, Tecnos, Madrid, p.298 y ss. la consideran una norma confusa. Para LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, 4.ª edc. Bosch, Barcelona, 1997, p. 580, entraña una presunción “iuris et de iure” que no se refiere sólo a los supuestos de los dos párrafos anteriores —art. 156.3 CC— siendo posible la aplicación analógica a otros supuestos de actuación individual, que entraña una presunción de consentimiento del no actuante.

⁵⁴ Ante un desacuerdo o ante los constantes desacuerdos que entorpezcan el ejercicio de la patria potestad, durante un tiempo superior a dos años, el Juez atribuye que todas las decisiones sean tomadas por uno solo de los progenitores o que uno tome un tipo de decisiones y otro tome otras.

⁵⁵ Resolución de 20 de enero de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Luis Pérez —Ordoyo Cillero, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 10 de Barcelona a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente. BOE, núm. 15, viernes 10 de febrero de 1989, pp. 4105.

⁵⁶ El artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica —Convenio de Estambul—, prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas.

La Ley orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal, deroga el párrafo segundo del art. 156 de este texto legal, dejando sin efecto la posibilidad legal de practicar esterilizaciones forzosas que afectan mayoritariamente a las mujeres.

⁵⁷ Disfunción que no siempre obedece a un componente genético heredado, sino que puede ser sobrevenida para cualquier persona física.

⁵⁸ STS de 22 de febrero de 2017 y 9 de marzo de 2016.

⁵⁹ SAP Badajoz, Secc. 3.ª, 11-xII-2018, JUR 2019, 30717. Por otra parte, en el Auto del TS de 27 de marzo de 2019 (JUR 2019, 1421167) se refiere a un trastorno bipolar que padece una madre, solicitando el padre la custodia individual. El Juzgado de 1.ª Instancia concedió la custodia al padre por entender que daba mayores garantías de bienestar el menor, a pesar de que la madre estaba estabilizada al seguir el tratamiento prescrito, lo que le permitiría el cuidado del hijo menor. La Audiencia Provincial otorgo la custodia compartida al entender que la madre estaba estabilizada y debía presentar en el juzgado cada trimestre un informe de psiquiatría sobre el seguimiento y control de su enfermedad. El padre recurrió en casación alegando que la sentencia recurrida vulneraba el interés superior del menor al establecer la custodia compartida. El TS no admitió el recurso porque entendió que la Audiencia había resuelto en atención al interés superior del menor, ya que en los informes sobre la discapacidad intelectual de la madre dejaba claro que podía hacerse cargo de su hijo.

⁶⁰ STS de 20 de enero de 1993, RJ 1993, 4781.

⁶¹ CASTÁN VAZQUEZ, J. M.ª (1993), “Comentarios a los artículos 154-171”, en *Comentarios del Código Civil*, T. I Ministerio de Justicia, Madrid, p.553, entiende que la ausencia puede ser declarada o de hecho. RUBIO SAN ROMÁN, J. I. (2000), “Comentario a los artículos 154-161 y 169-171”, en *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2 (Coord. Rams Albesa y Moreno Flores), J.M. Bosch, Barcelona, pp. 1492 y ss., solo admite la ausencia de hecho.

⁶² La RDGRN de 3 de octubre de 1990, RJ 1990, 8342, establece que al estar los cónyuges separados de hecho y convivir el hijo con la madre, ha de prevalecer el nombre elegido por esta.

⁶³ Sentencias del TS de 28 de febrero de 1984 y 8 de octubre de 1994. RDGRN de 8 de septiembre de 2001 y también de 3 de octubre de 1990. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024), *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV, Derecho de Familia, 7.ª Edc., EDISOFER S.L. p. 407.

⁶⁴ STS 10 de octubre de 1994, RJ 1994, 10616 y de 28 de febrero de 1984, RJ 1984, 814.

⁶⁵ YZQUIERDO TOLSDA, M. (2011), “Art. 156”, *Código Civil Comentado*, Vol. I (Coord. De Pablo Contreras, P. y Valpuesta Fernández, R.), Civitas, Thomson Reuters, Navarra, pp.782.

