

# El supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC: ¿Qué casos son subsumibles en esta disposición?

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: 1. PRINCIPIOS DE LA LEY DE REFORMA DE 1981: A) Planteamiento. B) Los tres grandes principios de la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981 en materia de patria potestad. C) La interpretación de la Ley de 13 de mayo de 1981. Problemas de interpretación: ¿Cuál es su *causa*?—2. EL PÁRRAFO 5.º DEL ARTÍCULO 156: A) Formación parlamentaria. B) Principios que lo *informan*.—II. LA PATRIA POTESTAD: **DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO**: 1. TITULARIDAD. 2. **EJERCICIO**.—III. EL ARTICULO 156, **PARRAFO 5**, DEL **CODIGO CIVIL**: 1. CÓMO SE REGULA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SI LOS PADRES VIVEN SEPARADOS. 2. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 156.5 CC: A) Introducción. Planteamiento del problema. B) Posibles interpretaciones. *interpretación amplia y restringida*. C) Posiciones doctrinales ante las anteriores interpretaciones. D) Interpretación judicial del supuesto de hecho del artículo 156.5 del Código Civil. E) Criterios que ante estas situaciones aplican otros países. F) Qué significa: que el hijo conviva con uno solo de los *padres*.—3. **CONCLUSIONES**.—IV. **ANÁLISIS DE OTROS CASOS: ¿SON SUBSUMIBLES EN EL SUPUESTO DE HECHO DEL PARRAFO 5 DEL ARTICULO 156 DEL CODIGO CIVIL?**: 1. **NULIDAD DEL MATRIMONIO**: A) Introducción. B) Ejercicio de la patria potestad en los casos de *nulidad*.—2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PADRES NO CASADOS ENTRE SÍ: A) En el caso de que reconozca al hijo uno solo de los progenitores: a) Introducción. b) Quid iuris si el padre reconocedor vive con el no reconocedor. c) Que los padres vivan *separados*.—B) En el caso de que no reconozcan al hijo ninguno de los progenitores: a) Introducción. b) Que vivan *juntos*. c) Que vivan *separados*.—C) *Adopción*: a) Introducción. b) Que vivan *juntos*. c) Que vivan *separados*.—**BIBLIOGRAFIA**.

## I. ANTECEDENTES

### 1. PRINCIPIOS DE LA LEY DE REFORMA DE 13 DE MAYO DE 1981

#### A) *Planteamiento*

La reforma del Código Civil en materia de patria potestad quiso reconocer definitivamente la igualdad de los padres y, como consecuencia de esto, establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad.

Este reconocimiento de la igualdad en derechos y obligaciones de los cónyuges, o en lo referente a la patria potestad simplemente padres, ya fue tenido en cuenta por el legislador de 1975. A este respecto dice DÍEZ-PICAZO (1): "El objetivo de hacer por igual partícipes a ambos progenitores en la titularidad y 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 era una inevitable secuela". Aun pudiendo encontrar un antecedente en la Ley de 1975, verdaderamente fue en 1977 cuando se quiso instaurar de una forma definitiva la patria potestad conjunta. En efecto, Minoría Catalana, a las pocas semanas de haber entrado en funcionamiento las primeras Cortes Generales después de las elecciones de 15 de junio de 1977, elaboró una proposición de la Ley cuya finalidad era igualar a los cónyuges en materia de patria potestad.

El Gobierno de 1977 aceptó el principio de la proposición de Ley, pero señaló la conveniencia de elaborar un texto más completo. En 1978 se redactó un anteproyecto que no cuajó.

Por fin, en 1979, en concreto el 14 de septiembre, se presenta a las Cortes Generales —en el Congreso de los Diputados— un proyecto de Ley sobre la modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

La exposición de motivos, que justificaba la presentación y el contenido del proyecto de Ley, indicaba claramente las circunstancias, principalmente sociales, que inspiraron la redacción de la reforma (2).

---

(1) Luis DÍEZ PICAZO: "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", en *ADC*, t. XXXV, 1982, págs. 3-20.

(2) La exposición de motivos del proyecto de Ley comienza fundamentando el contenido del mismo así: "El **matrimonio**, la familia y también las relaciones entre la madre o padre y los hijos, tal como se viven hoy en tantos lugares y ambientes de nuestro país (...), se hallan bastante alejados, tanto en el terreno de las ideas como de las costumbres, de los institutos homónimos que sirvieron de modelo a nuestro legislador, hace casi un siglo, para proyectar y redactar nuestro Código Civil. Mas a este cambio profundo de la realidad no ha correspondido otro semejante de la legislación, anclada siempre en los modelos de pareja conyugal y grupo familiar que tuvo presente el redactor del Código y, por tanto, cada vez más ajena a esta evolución".

La filosofía de la reforma fue principalmente establecer en las materias de que ésta trata el principio de igualdad (3), tanto entre los padres que ostentan la titularidad y el ejercicio de la patria potestad como entre los hijos sean o no matrimoniales.

*B) Los tres grandes principios de la Reforma de 13 de mayo de 1981 en materia de patria potestad*

Por lo que respecta a la patria potestad son tres los grandes principios que la informan. En primer lugar, se da un nuevo concepto de patria potestad; en segundo lugar, se establece y regula la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad; y finalmente, pero siendo el principio fundamental de la reforma, se establece que la patria potestad se ha de ejercer en función de la personalidad del hijo y en su propio interés.

La patria potestad en la reforma adquiere una nueva concepción. Ahora la patria potestad es una función de los padres, un deber de estos respecto de sus hijos. Por ello los derechos que se conceden a los padres en el ejercicio de la patria potestad son un simple medio para ejercitar una función dirigida a proteger el interés del hijo.

Un cambio importante supone también el establecimiento del ejercicio conjunto de la patria potestad. En efecto, la regla general que indica cómo debe ser el ejercicio de la patria potestad dispone que éste ha de ser conjunto. Esto supone que ambos padres habrán de decidir de común acuerdo todas las cuestiones que afecten al hijo. Sin embargo, la aplicación rígida de esta regla la haría impracticable en muchos casos, y a fin de darle la indispensable flexibilidad se admite la actuación unilateral de uno cualquiera de los padres, cuando sea conforme al uso social y a las circunstancias de la familia o resulte necesario por razones de urgencia. De otra parte, en el caso de que la diferencia de opinión entre el padre y la madre sea insalvable, se prevé la intervención del Juez para dirimir el conflicto.

El tercer principio, quizá el más importante al ser este el fin que pretende alcanzar la reforma, es la defensa del interés del hijo así como el respecto a su propia personalidad. En efecto, el respeto a la personalidad del hijo constituye ahora la medida de cuidado y trato que ha de recibir. Así, por ejemplo, no se le puede impedir que se relacione con otros parientes, salvo si el Juez decide lo contrario en algún caso o por especiales

---

(3) Como señala DE PRADA GONZÁLEZ: "Parece que este principio se ha querido basar, a mi juicio sin demasiado fundamento, en el artículo 14 CE (...). Esta coparticipación de los padres dentro de la familia en los hechos derivados de la patria potestad era, sin duda, una necesidad que por sí misma justificaba la reforma". Cfr. "La patria potestad tras la reforma del Código Civil", *RDN*, 1982, págs. 252-325.

razones. A su vez, el ejercicio de la patria potestad en beneficio e interés del hijo ha conducido a acentuar la intervención y vigilancia del Juez, árbitro en muchos aspectos de las relaciones paternofiliares.

Estos principios básicos contenidos en la exposición de motivos (4) —tanto en la que justificaba el proyecto de Ley de Reforma como en la redacción definitiva de la Ley del 81— tuvieron en cuenta el Derecho comparado, principalmente las legislaciones francesa e italiana.

### C) *La interpretación de la Ley de 13 de mayo de 1981*

#### *Problemas de interpretación: ¿cuál es su causa?*

Haré referencia a tres cuestiones, a mi modo de ver fundamentales, que vienen a explicar los problemas de interpretación con los que se encuentra el jurista.

En primer lugar, señalábamos, en el epígrafe que precede, como novedad de la reforma el principio de ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. Esta situación tiene su fundamento legal en el artículo 156 del CC, que comienza diciendo: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores" (4 bis).

Pero, a mi juicio, la cotitularidad, desde luego necesaria, en el ejercicio de la patria potestad no es la única fuente de problemas interpretativos. En efecto, con la reforma del 81, se ha separado definitivamente la patria potestad de su relación con la familia fundada en el matrimonio. El legislador, al establecer cómo es y quién debe ejercer la patria potestad, omitió intencionadamente cualquier referencia a los cónyuges (4 tres). Su inten-

(4) Cfr. en la exposición de motivos del proyecto de Ley de Reforma de 1979, en *Código civil (reformas 1978-1983)*. Trabajos parlamentarios, I. Dirigidos por Fernando Santaolalla. Edit. Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, págs. 169 y sigs.

(4 bis) Antes de la reforma del Código Civil la situación en la práctica era similar a la que ahora regula el Derecho vigente.

Aunque la patria potestad era atribuida al padre y sólo en defecto de aquél a la madre, la verdad es que ambos decidían conjuntamente en las cuestiones que atañían al hijo. A su vez —y siempre *de facto*, que no *de iure*—, en el caso de madres solteras y parejas no casadas que reconocían al hijo, igualmente, en el primer supuesto ejercía la patria potestad la madre, y en segundo era *como si* estuvieran casados a los efectos de ejercer la patria potestad.

Por ello, teniendo en cuenta la realidad, la doctrina de la época no excluía de participación a la madre durante la vida del padre, al menos en los aspectos domésticos, donde la mujer era considerada como la autoridad moral y educativa en la familia. Véase José M.<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ: *La participación de la madre en la patria potestad*, Madrid, 1957, págs. 70-71.

(4 tres) En la redacción anterior a la reforma del 81, la regulación de la patria potestad tampoco hacía referencia a los cónyuges. Sin embargo, la patria potestad se concebía vinculada a la relación matrimonial, y se estableció un régimen distinto para el caso de los hijos naturales.

ción, como reiteradamente se manifiesta en los debates parlamentarios de la Ley 11/81, era equiparar, en atención al principio de igualdad, las relaciones entre padres e hijos. Y ello, independientemente de que la familia fundase su origen en el matrimonio o en una relación análoga de afectividad.

Esta desvinculación entre patria potestad y matrimonio crea problemas de aplicación de la norma a determinados supuestos de hecho. En concreto, se plantean dudas sobre la aplicación o no del párrafo 5 del artículo 156 CC, objeto de estudio en este trabajo, a los casos de nulidad, separación y divorcio.

En segundo lugar, la reforma se consideraba necesaria sobre todo en punto a establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad, así como en igualar en derechos y deberes a los padres. Pero ello no ha evitado que sea objeto de críticas. Como dice DE PRADA GONZÁLEZ. "La reforma tiene un doble y grave defecto. En primer lugar se ha hecho con excesiva precipitación, lo que no ha hecho posible un previo estudio por la doctrina española en sus puntos más difíciles (5) (...). En España la doctrina ha estado prácticamente ausente de la preparación y discusión del proyecto lo que, a mi modo de ver, ha empobrecido éste. En segundo lugar la Ley ha sido desde luego redactada por la Comisión General de Codificación pero abundantemente modificada a su paso por el Congreso y Senado, lo

---

El artículo 154, con el que se abría la regulación de esta materia dedicaba el primer párrafo a la familia fundada en el matrimonio, que era la única reconocida y moralmente admitida. Sobre los hijos nacidos de una relación matrimonial —hijos legítimos— ostentaba la patria potestad el padre, y en su defecto la madre. El párrafo segundo contemplaba la patria potestad de los hijos naturales o adoptivos y la atribuía al progenitor que reconoce o adopta.

Esta radical diferencia entre los hijos, que a la postre venía fundada en la existencia o no de matrimonio entre los padres, llevaba consigo diversidad de efectos. Así, en el artículo 160 se establecía el usufructo paterno, o en su caso materno, sobre los bienes de los hijos matrimoniales, y en el artículo 166 se impide dicho usufructo en los casos de hijos reconocidos o de filiación adoptiva menos plena.

Por lo demás, y como decía al principio, la regulación de la patria potestad antes de la reforma estaba inspirada en la relación matrimonial, de ahí las referencias al hogar doméstico del padre y de la madre o la importancia de que cualquiera de ellos contrajera segundas nupcias teniendo hijos bajo su potestad. En esta regulación, hoy derogada, tampoco se habla de cónyuges; pero su ausencia no fue buscada de propósito, sino que, por el contrario, la omisión venía impuesta por la regulación de la patria potestad. Al no ser la titularidad de la patria potestad conjunta, difícilmente puede hablarse de cónyuges. Por ello, al establecer la preferencia de uno sobre el otro, es necesario referirse al padre o a la madre.

(5) Comenta a este respecto DE PRADA GONZÁLEZ: "... que fue mucho más sensata la manera de proceder de la vecina nación italiana, donde en 1967 se publicó un proyecto de reforma que pudo ser ampliamente discutido en diversos congresos y dio lugar a una abundante literatura y que, indudablemente, fue de utilidad al legislador que redactó el proyecto definitivo convertido en Ley de 19 de mayo de 1975. Cfr. *ob. cit.*, págs. 256 y sigs.

que ha privado a la misma en muchos puntos de la precisión deseada, la coordinación siempre compleja con el resto del Código e incluso con las restantes normas de la Ley de Reforma".

En tercer lugar, creo que es improtante tener en cuenta lo siguiente: el Código Civil se ha visto afectado, desde la promulgación de la Constitución el 6 de diciembre de 1978, por varias Leyes (5 bis) que han modificado el contenido de su articulado, con la finalidad de adaptar sus preceptos al marco y principios constitucionales.

Esta modalidad normativa, modificando unas veces los artículos del Código Civil y otras creando Leyes civiles fuera del Código, produce, a mi juicio, un efecto de observación parcial y estanca de la norma. Esto es, las Leyes que únicamente modifican el Código Civil sin tener autonomía y singularidad real como Ley son, sin embargo, tenidas en cuenta por el intérprete como normas autónomas que, por lo tanto, regulan aspectos singulares y concretos de una materia determinada. Con esto quiero decir que, tanto los juristas —doctrina y jueces— como el propio legislador, dejan de tener en cuenta el principio de unidad que informa el ordenamiento jurídico, al considerar de forma individual estas Leyes.

Así, por ejemplo, las Leyes 11/81, de 13 de mayo, y 30/81, de 7 de julio, modificadoras del Código Civil, la una en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la otra en sede de matrimonio, se analizan como Leyes singulares y se consideran, a cada una de ellas, competentes de forma única y exclusiva en la materia que regulan (5 tres). Ante esto, ha considerado la doctrina de forma generali-

---

(5 bis) Entre otras leyes cabe citar: la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; la Ley 51/1981, de 13 de julio, de modificación de los artículos 17-26 del CC; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, entre otras. Y, recientemente, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción también, y la recentísima Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, en la que se prevé, entre otras, la modificación del artículo 159 del CC. A su vez, esta disciplina que llamamos Derecho civil se ve modificada en su contenido y afectada en su forma —téngase en cuenta que Derecho civil ya no es únicamente el contenido en los 1976 artículos que forman dicho Cuerpo legal— por otras leyes "extrañas" al Código Civil, como la 42/1988 sobre técnicas de reproducción asistida. Y todo ello, amén de otras leyes igualmente externas al Código Civil, que viene a regular y a modificar materias que siempre han sido de su competencia, como, por ejemplo, la regulación de los arrendamientos tanto rústicos como urbanos.

(5 tres) A este respecto, dice María Asunción LINACERO: "Cierta sector doctrinal considera que ante esta dualidad de regulación —refiriéndose a las leyes citadas— la normativa ubicada en sede de patria potestad se refiere única y exclusivamente a la

zada que, aun ventilándose problemas referentes a la patria potestad, en los supuestos de separación, nulidad o divorcio se han de aplicar los artículos 90 y siguientes del Código Civil. Por el contrario, y ante una misma cuestión referente a la patria potestad, si los padres no están casados, se habrán de aplicar los artículos 154 y siguientes, éstos en sede de relaciones paterno-filiales.

La crítica a esta forma de actuación y aplicación de la norma no quiere suponer que estemos ante un planteamiento erróneo. Es consecuente que encontrándonos ante un supuesto de padres casados que estén tramitando su separación conyugal, los problemas referentes a los hijos, en lo que respecta a la guarda y custodia, así como al ejercicio de la patria potestad, encuentren una primera solución mediante la aplicación de los preceptos legales que regulan los efectos de la separación entre cónyuges.

Con este proceder simplemente aplicamos el principio general que nos indica la preferencia de la norma especial sobre la general. Pero esta actuación no nos debe conducir a una desconexión total con la regulación de la patria potestad, de manera que excluyamos su regulación por el mero hecho de que los padres están casados. Lógicamente, si el problema que se pretende resolver afecta a las relaciones entre padres e hijos, también serán aplicables las normas que a este respecto contiene el Código Civil, y ello aunque no estén en el mismo título y capítulo que los efectos de la separación matrimonial.

Esta aplicación desconectada de la norma, como si cada título del Código Civil fuera un apartado estanco, exclusivo y excluyente en la materia que regula, alcanza, a mi juicio, especial relieve en el supuesto de estas dos Leyes citadas —que, por lo demás, tienen gran relación la una con la otra— y, sobre todo, en punto a la interpretación del supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 del Código Civil, objeto de este estudio.

En efecto, la aplicación de unos preceptos u otros del Código Civil para un mismo supuesto de hecho, según estén o no casados los padres, considero que encuentra su explicación en la tramitación separada, pero simultánea en el tiempo, de ambas Leyes.

El 14 de septiembre de 1979 se presenta en las Cortes generales un proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Tras un largo debate parlamentario, tanto en el Congreso como en el Senado, alcanza este proyecto —a los casi dos años de su presentación— la luz como Ley

---

separación fáctica de los progenitores, sin que en ningún momento pueda ser aplicada a supuestos de separación judicial". No obstante, la opinión de esta autora no es tan radical por lo que respecta a este precepto. Estos mismos argumentos "Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil", *RDP*, 1990, pág. 287.

el 19 de mayo de 1981, fecha en la que aparece publicada en el *Boletín Oficial del Estado*. Mientras, el 13 de mayo de 1980, se presenta a las Cortes un proyecto de Ley sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil y la determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Este proyecto aparece publicado con rango de Ley el 20 de julio de 1981. Como vemos sólo hay dos meses de diferencia entre la publicación de una y otra Ley, y sin embargo es muy notable el tiempo empleado en la tramitación de cada una de ellas.

La explicación a la diferencia de tiempo en la tramitación de estas leyes, considero, que se encuentra en la exposición de motivos que antecede a cada uno de los proyectos de Ley. En efecto, como hemos visto la Ley de 13 de mayo de 1981 atendía a la regulación de los tres grandes principios ya comentados, por el contrario la Ley de 7 de julio se ocupaba de una sola cuestión: "una puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico", esto es, el desarrollo del artículo 32 de la CE.

Esta diferencia de objetivos, o principios, propició que, aun discutiéndose ambas Leyes a la vez en el tiempo, su tramitación fuera singularmente autónoma. En efecto, los mismos diputados y senadores discurrían acerca de cuestiones de patria potestad, régimen económico del matrimonio, así como de problemas referentes a la separación, nulidad o divorcio matrimonial. Sin embargo, la atención de los problemas planteados, así como su posible resolución, se lleva a cabo de una forma separada, teniendo en cuenta la sede y competencia del proyecto de Ley que en ese momento se aprueba o se somete a enmiendas. Si junto a esto recordamos que la Ley de 13 de mayo de 1981 desconecta el ejercicio y titularidad de la patria potestad de la relación matrimonial, para no hablar de cónyuges sino de padres, creo que se explican por sí mismos los problemas de interpretación planteados en esta materia.

En efecto, las relaciones paterno-filiares se discurren y plantean sin relacionarlas con el matrimonio, atendiendo así el principio de igualdad entre los hijos con independencia de su filiación. De ahí que, en los supuestos de separación matrimonial, se pretende aplicar de forma exclusiva los pocos preceptos, y nada desarrollados, que hacen referencia a padres y a hijos, sin acudir a la regulación del título VII del Código Civil, que parece quedar postergada a las relaciones de parejas no casadas. A este respecto, me parecen interesantes las siguientes palabras de LINACERO DE LA FUENTE (5 cuatro): "A mi parecer, puede afirmarse que el artículo 159 del Código Civil incluye los casos de separación matrimonial de hecho y de filiación extramatrimonial en que los padres no vivan juntos, y ello

---

(5 cuatro) María Asunción LINACERO DE LA FUENTE: "Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Civil", en *RDP*, 1990, pág. 568.

*fundamentalmente por la ubicación de la norma comentada.* En efecto, (...) el actual artículo 159 del Código Civil *se ubica fuera del ámbito del matrimonio en el título VII, que versa acerca de las relaciones paterno-filiales*, lo que permite invocar su aplicación en la hipótesis de padres no unidos en matrimonio que no convivan juntos y separación de hecho". No obstante, y por lo que a este artículo 159 respecta, la doctrina en general lo entiende aplicable a los supuestos de separación nulidad y divorcio, si bien, parten de esta ubicación para considerarlo, en principio, aplicable a los supuestos de relaciones extramatrimoniales o de separación de hecho, e inmediatamente después, y a renglón seguido —como también hace la autora citada (5 cinco)— llegar a la consecuencia de su necesaria aplicación a los casos de ruptura matrimonial mediante pronunciamiento judicial.

Todo esto nos lleva a enfrentarnos con unos graves problemas de interpretación. En concreto, saber en cada uno de los casos cuál es el supuesto de hecho que contempla la norma, para poder aplicar su consecuencia jurídica.

Para concluir, sólo quiero dejar constancia de que esta problemática planteada no es exclusiva de esta materia. El Derecho Civil, por desgracia, padece este mal con carácter endémico. La razón de esto no es otra que la emanación abundante, prolífica y desordenada de normas civiles, investidas de un carácter autónomo, cuando en realidad no dejan de ser meros aspectos de un mismo problema. Por ello, creo que, hoy en día, habrá que someter a revisión la frase de CARL SCMITT (5 seis) que, refiriéndose al Derecho administrativo, dice que éste sufre una legislación motorizada: parece que esa abundancia legislativa ya no es monopolio exclusivo del Derecho administrativo.

## 2. EL PÁRRAFO 5 DEL ARTÍCULO 156

### A) *Formación parlamentaria*

El proyecto de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio no contenía, por lo que se refiere a la patria potestad, ninguna referencia a cómo

---

(5 cinco) María Asunción LINACERO se expresa de la siguiente forma: "En suma, el artículo 159 del CC contiene un criterio específico para encomendar el cuidado de los hijos menores de siete años, válido para cualquier tipo de separación", en *ob. cit.*, pág. 569.

(5 seis) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I. Edit. Civitas, S.A., Madrid, 1989, pág. 70.

se debía ejercer ésta en el caso de que los padres vivan separados (6). La introducción de un párrafo que regulase esta especialidad, hasta configurarse con la redacción que hoy tiene el párrafo 5 del artículo 156, vino de la mano de las enmiendas introducidas en el Congreso y Senado.

Los diputados de algunos Grupos Parlamentarios expresaron su preocupación por establecer cómo se debería ejercer la patria potestad de los hijos no matrimoniales, puesto que el artículo 156 no contenía norma expresa sobre este punto. Así fue en un primer momento el Partido Comunista el que, a través de la enmienda 114, propuso añadir un nuevo párrafo al artículo 156, para solucionar esta cuestión.

El párrafo que proponían añadir era del siguiente tenor: "La patria potestad de los hijos no matrimoniales corresponderá exclusivamente a la madre, salvo que el padre acredite la convivencia estable con el hijo en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo. El Juez, cuando lo justifique el interés del menor, podrá atribuir indistintamente la patria potestad a ambos progenitores o en exclusiva al padre, y resolverá las controversias que se susciten sobre la persona y bienes del hijo y, en su caso, régimen de visitas del progenitor que no lo tenga en su compañía".

La justificación (7) de esta enmienda era para el Partido Comunista atender a un hecho sociológico claramente comprobado: el hijo no matrimonial se halla más vinculado a la madre que al padre en casi todos los supuestos.

---

(6) La redacción del artículo 156 en el proyecto presentado a las Cortes era la siguiente: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento del otro. Sin embargo, valdrán los actos que realice uno solo de ellos conforme al uso social y a las circunstancias.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá exceder nunca de dos años.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro".

(7) Los motivos que alegó el Partido Comunista para que se introdujera este nuevo párrafo fueron los siguientes: "En cuanto a los hijos no matrimoniales, el proyecto resulta aún menos convincente que el anteproyecto, que otorgaba la patria potestad al progenitor que reconoció primero; y reconoce un hecho sociológico claramente comprobado: que el hijo no matrimonial, aparte de que en muchos casos es reconocido en primer término por la madre, se halla más vinculado a ésta que a su padre en casi la totalidad de los supuestos; en esta realidad se basa la fórmula propuesta". Cfr. en los trabajos parlamentarios citados en la nota 4.

En el tema de la separación de los padres también incidió el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática. La enmienda que a este fin presentaron —n.º 453— pretendía añadir el párrafo primero del artículo 156 el siguiente supuesto: "Si los padres viven separados de hecho, tendrá la potestad aquel de ellos con quien los hijos convivan". La portavoz parlamentaria de CD, María Victoria Fernández-España y Fernández-Latorre, justificaba la necesidad de recoger este supuesto "para llenar una laguna legal que podría perjudicar al hijo".

En el informe de la ponencia se rechazó la enmienda del PC, y no se dijo nada de la propuesta por CD. No obstante, el informe de la ponencia reflejó la preocupación que los parlamentarios mostraban sobre cómo sería el ejercicio de la patria potestad en el caso de separación de los padres. Así, al artículo 156 se le añadió un nuevo párrafo: "Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel que viva permanentemente con el hijo".

La redacción definitiva del párrafo 5 del artículo 156 proviene de la enmienda 119 presentada por el Grupo Parlamentario en el Senado de la Unión de Centro Democrático. La justificación que dio este Grupo Parlamentario fue la siguiente: "El proyecto al regular la patria potestad, no hace apenas distinción entre la filiación matrimonial y la no matrimonial (...), el proyecto es demasiado simplista, pues la situación de los padres es mucho más rica según se trate de unos hijos u otros. Por eso la CGC regulaba separada y minuciosamente el ejercicio de la patria potestad de los hijos no matrimoniales. Como reproducir esta reglamentación supondría una alteración sustancial en el articulado, tal como el proyecto estaba redactado, puede bastar un retoque o modificación en el último párrafo del artículo 156 en la forma que se propone. Porque si los padres viven separados (y lo mismo puede decirse si el problema se plantea relativamente a la filiación matrimonial en el caso de separación de hecho de los cónyuges), atribuir lisa y llanamente la patria potestad al progenitor que viva permanentemente con el hijo es una solución demasiado simplista.

La separación no se opone necesariamente a que se aplique la regla general; es decir, el ejercicio conjunto de la patria potestad. Y, tampoco, a que determinadas funciones (por ejemplo, la administración de los bienes del hijo) correspondan al padre y las restantes a la madre.

Si se acepta la redacción que se propone, —la que hoy aparece en nuestro Código Civil— el problema puede resolverse con mayor flexibilidad en atención a las circunstancias que concurrieren en cada caso".

Efectivamente se aceptó la enmienda del UCD en el Senado, convirtiéndose en la redacción que hoy presenta el párrafo 5 del artículo 156.

### B. Principios que lo informan

El proyecto de Ley, tal y como hemos visto, no estableció una regulación claramente diferenciada entre la filiación matrimonial y la no matrimonial. Quizá porque la Constitución Española de 1978 en su artículo 32.2 declara la plena igualdad jurídica de los hijos ante la Ley (8). Además, como justifica la exposición de motivos de la Ley, la patria potestad está desconectada del matrimonio, relacionándose más bien con el concepto de filiación, con independencia de que esta sea o no matrimonial. Así el artículo 156 comienza diciendo: "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores..." En efecto, no se habla de cónyuges, sino de progenitores. Por ello no se estableció en el proyecto un régimen distinto para la filiación matrimonial o no matrimonial. Si los padres viven juntos independientemente de que estén o no casados, la regla será la que atribuye a ambos el ejercicio conjunto de la patria potestad. Sin embargo seguía existiendo la duda de cómo ejercitar la patria potestad en el caso de ruptura de la **convivencia**. Por ello el PC, atendiendo a la situación generalizada de vida separada entre las parejas reconocedoras de los hijos pero no casadas, se refería expresamente a la filiación no matrimonial. Igualmente lo hizo CD pensando en la separación de hecho de los padres.

Ambas situaciones, filiación no matrimonial o separación de hecho de los padres, movieron al legislador a introducir una norma que no aparecía en el proyecto. En concreto, el legislador centró el problema en la situación de vida separada de los padres, puesto que de vivir juntos se aplicarían las reglas generales. Aunque en *iter* legislativo se atiende principalmente a la filiación no matrimonial y a la separación de hecho como dice, entre otros, VENTOSO ESCRIBANO (9): "el supuesto de hecho contemplado en el párrafo 5 del artículo 156 puede ser más amplio".

---

(8) En concreto, este argumento fue utilizado por RUIZ NAVARRO I GIMENO oponiéndose en su contestación a la defensa que de la enmienda 114 llevó a cabo el diputado comunista SOLÉ BARBERA. ASÍ, dice RUIZ NAVARRO: "... a través de todo este proyecto lo que se está evitando es la discriminación entre los hijos no matrimoniales y matrimoniales. Y sin más, en esta enmienda 114 se rompe el deseo de evitar la no discriminación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales..."

(9) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *La representación y distribución de los bienes de los hijos*, Edit. **Colex**, Madrid, 1989, págs. 132 y sigs.

## II. LA PATRIA POTESTAD: DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO

### 1. TITULARIDAD

El legislador en la reforma del 81 ha diferenciado dos conceptos: titularidad y ejercicio (10). En la anterior redacción del Código no se establecía esta distinción. El artículo 154 del CC disponía: "El padre, y en su defecto la madre, tiene la potestad sobre sus hijos legítimos". El párrafo segundo del mismo artículo regulaba la patria potestad sobre los hijos menores de edad no matrimoniales, entonces llamados naturales, y de los adoptivos. La regulación era la siguiente: "Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o la madre que los reconoce o adopta".

Actualmente el Código Civil, como ya decíamos, distingue entre titularidad y ejercicio. La titularidad de la patria potestad la ostentan los padres sobre sus hijos menores, tanto si es filiación matrimonial como no matrimonial reconocida o adoptiva. A este respecto dispone el actual artículo 154 CC: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre". Este precepto es clara muestra de las innovaciones que presenta el nuevo régimen de la patria potestad. En primer lugar, en la expresión "hijos no emancipados" se incluyen sin distinción a todos. No hay ahora un régimen distinto cualquiera que sea la filiación. En segundo lugar, la titularidad de la patria potestad corresponde conjuntamente y por igual a ambos padres. Esta declaración de titularidad conjunta era obligada. Y no sólo por la consecuencia fundamental que de ello se deriva: el ejercicio conjunto de la patria potestad, sino por las excepciones que operan frente a esta regla general. En efecto, el artículo 156 CC declara en su párrafo primero que la patria potestad la ejercerán conjuntamente ambos progenitores. Inmediatamente, a renglón seguido, se flexibiliza la regla: "o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro". Igualmente serán válidos los actos que realice uno solo de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en caso de urgente necesidad. A su vez, el artículo 156 en su último párrafo, y para el caso en que

---

(10) Buscando antecedentes que distingan entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, hay que acudir al *Codice* italiano de 1865, que ya en esta antigua redacción introducía esta diferencia. Atribuía la titularidad a ambos padres y su ejercicio al varón. Sólo en defecto de éste se atribuía el ejercicio a la madre.

Reformado el *Codice*, se ha mantenido la distinción. La jurisprudencia italiana (S. cas. 19 noviembre 1976) posterior a la reforma ha considerado útil mantenerla para describir la patria potestad de los padres que viven separados.

los padres vivan separados, atribuye el ejercicio de la patria potestad al padre que conviva con el hijo. Ahora bien, en este caso, como en los anteriores, ambos padres conservan la titularidad de la patria potestad. Al seguir siendo titular de la patria potestad, y aunque no la ejerza, continua en la obligación de velar por el hijo, alimentarle y, en definitiva, por todo el elenco de obligaciones que integran la patria potestad. Así mismo, puede fiscalizar el ejercicio que de la patria potestad lleva a cabo el otro progenitor y, en su caso, alegando la titularidad que ostenta, acudir al Juez solicitando su auxilio. Igualmente, en los casos de nulidad, separación y divorcio, el padre que no tiene atribuida la guarda y custodia del hijo, y quizá tampoco tenga asignado el ejercicio de la patria potestad, sigue conservando su titularidad y podrá vigilar el ejercicio que de la patria potestad realice el otro.

En definitiva, podemos decir con DE PRADA GONZÁLEZ, "que la patria potestad corresponde a los padres por el mero hecho de la filiación comprobada". La titularidad de la patria potestad concede a quienes la ostentan la posibilidad de actuar su ejercicio. Y, aun en los caso en que no la ejerza, o incluso esté privado del ejercicio —pár. 5 del art. 156 o situaciones de separación legal, nulidad o divorcio en los que se haya atribuido el ejercicio al otro padre—, puede intervenir (11) en las decisiones del otro o requerir el auxilio judicial.

---

(11) Vengo diciendo que el ser titular de la patria potestad significa la posibilidad de ejercitar las funciones que integran la misma. También que en los casos en que uno de ellos no la ejerza, el seguir siendo titular le permite fiscalizar las actuaciones que en orden al ejercicio de la patria potestad realice el padre ejerciente de la misma. Todo esto es así porque la titularidad, aun sin ejercicio, no está exenta de las funciones, deberes y derechos que integran la patria potestad. Ahora bien, aun en los casos de privación de la patria potestad —**contenidos** en el art. 170 CC— en los que el padre privado pierde su titularidad, y como consecuencia de esto la posibilidad de ejercicio, es lo cierto que ya no podremos aplicarle el contenido del artículo 154 CC. Sin embargo, como dice DE LA PRADA GONZÁLEZ: "Aun en los casos de privación de la patria potestad a uno de los padres, éste sigue conservando unas obligaciones mínimas respecto del hijo, las contenidas en los artículos 110 y 111 del CC" (*ob. cit.*, pág. 268).

Además, quiero añadir que aun privado uno de los padres de la patria potestad, y ahora con base en ese contenido mínimo del artículo 110, que entre otros deberes le imprime la obligación de velar por el hijo, podría igualmente denunciar un mal ejercicio de la patria potestad por parte del otro progenitor, ahora además único titular. Pero si este padre privado de la potestad quiere intervenir propiamente en el ejercicio de la patria potestad, deberá, para poder actuar el ejercicio, recuperar la titularidad a través de otra declaración judicial, según dispone el párrafo 2 del artículo 170 del CC.

## 2. EJERCICIO

Según el artículo 154 CC la patria potestad de los hijos no emancipados corresponde a los padres. Y ello con independencia de que los hijos sean o no matrimoniales o adoptados.

La patria potestad tiene un doble contenido, patrimonial y personal, que debe ser ejercitado por los padres en interés del hijo.

El contenido de la patria potestad se determina de forma genérica en el artículo 154 del CC, al decir que "comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral", en cuanto contenido personal. Y, como contenido patrimonial, representarlos y administrar sus bienes.

Para llevar a cabo estos deberes y facultades es preciso ejercer la patria potestad. Las reglas de ejercicio de la patria potestad se encuentran en el artículo 156 del CC. En efecto, como regla general se establece el ejercicio conjunto de la patria potestad. Esto quiere decir, que las decisiones que atañan al hijo deben ser tomadas de común acuerdo por los padres. Así, por ejemplo, entre los dos deberán decidir a qué colegio ha de ir el hijo; cuál sea la educación religiosa que ha de recibir, o incluso si ha de recibir alguna; si venden o no un inmueble propiedad del hijo —desde luego con previa autorización judicial—, etc. Sin embargo, esta regla del ejercicio conjunto se flexibiliza para atender a la realidad. Así continúa diciendo el artículo 156 en qué casos puede ejercerla uno solo de ellos (12) y cómo serán los actos así concluidos.

El legislador, consciente de que el ejercicio dual de la patria potestad supone decidir todas las cuestiones por unanimidad, introduce la posibilidad de acudir al Juez en caso de desacuerdo entre los padres. Así, por ejemplo, si los padres no logran ponerse de acuerdo sobre a qué colegio debe de ir el hijo, puesto que cada uno de ellos ha elegido uno distinto, podrá acudir el juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

En conclusión, podemos afirmar, junto con la generalidad de la doctrina, lo siguiente:

---

(12) Téngase en cuenta que en estos casos ambos padres son titulares de la patria potestad. Y aun cuando la ejerce uno solo de ellos, ambos conservan el ejercicio; esto es, el que en ese momento o para ese caso no está ejerciendo la patria potestad, no significa que haya sido privado de ella. Porque la patria potestad es un derecho irrenunciable, inalienable e intransmisible del que su titular sólo puede ser privado por sentencia judicial (art. 170 CC). Incluso tratándose del ejercicio, éste sólo puede ser suspendido por el Juez (arts. 156.2, 90 y sigs. CC, donde el ejercicio vendrá determinado por lo que diga la sentencia).

Primero. La titularidad de la patria potestad la ostentan los padres sobre sus hijos menores no emancipados. Tanto si son hijos matrimoniales, como no matrimoniales reconocidos o adoptados.

Segundo. Los titulares de la patria potestad, para cumplir los deberes inherentes a la misma, tienen atribuidas una serie de facultades para ejercitar la patria potestad. Ejercicio que ha de llevarse a cabo en interés y beneficio del hijo, y de acuerdo con la personalidad de éste.

### III. EL ARTICULO 156, PARRAFO 5

#### 1. CÓMO SE REGULA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, SI LOS PADRES VIVEN SEPARADOS

El párrafo 5 del artículo 156 dispone: "Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio".

Verdaderamente nos encontramos ante una nueva regla de cómo se ha de ejercer la patria potestad, pues en el supuesto de que los padres vivan separados el ejercicio ya no se dice que sea conjunto.

Como hemos visto, este párrafo fue introducido en el *iter legislativo* de la Ley del 81. Ni el anteproyecto del 78 ni en el proyecto del 79 se regulaba tal peculiaridad. Hemos de tener en cuenta a que las normas que, para el ejercicio de la patria potestad, contienen los cuatro primeros párrafos del artículo 156 CC no se refieren exclusivamente a la familia legal, esto es, a la constituida por matrimonio. Por ello esas reglas son igualmente aplicables a las parejas de hecho que hayan reconocido al hijo o lo hayan adoptado, siempre y cuando vivan juntos.

En efecto, si los padres viven separados, ya no se aplica la regla general del ejercicio conjunto o unitario de uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro, o en situaciones conforme al uso social o en casos de urgente necesidad. En el caso de que los titulares de la patria potestad vivan separados se atribuye, en principio, el ejercicio de la patria potestad al que conviva con el hijo. No obstante, como dice VENTOSO ESCRIBANO (13), la aplicación efectiva del párrafo 5 del artículo 156 —que ejerza la patria potestad el padre que conviva con el hijo— será únicamen-

---

(13) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *Ob. cit.*, págs. 133 y sigs.

te, cuando no haya habido y previo convenio entre los padres que deciden separarse. En efecto, si la separación es de Derecho, el convenio entre los padres viene prescrito en los artículos 90 y 103 del CC. Esta misma posibilidad, entiende VENTOSO ESCRIBANO: "tampoco hemos de negarla en la separación de hecho —tanto si estaban casados los padres o simplemente vivían juntos—, puesto que han podido prever cómo sea el ejercicio de la patria potestad mediante pacto".

## 2. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 156

### EN SU PÁRRAFO 5 DEL CÓDIGO CIVIL

#### A) *Introducción. Planteamiento del problema*

El problema con el que se enfrenta la doctrina, y en el que también se han de pronunciar los tribunales, es saber qué situaciones se subsumen en el supuesto de hecho de la norma. Junto a la determinación del supuesto de hecho es importante conocer qué se entiende por convivencia, puesto que de ambas expresiones obtendremos la consecuencia jurídica: el ejercicio de la patria potestad por el padre que conviva con el hijo.

Rememorando lo dicho sobre la formación parlamentaria de este precepto sabemos que, en un primer momento, surgió para atender a la situación de los hijos no matrimoniales —enmienda 114 del PC—, que generalmente suelen vivir en compañía de uno solo de los progenitores. Sin embargo, como dice DE PRADA GONZÁLEZ (14): "la obsesión de un sector del Parlamento (15) de evitar siquiera el referirse a dicha situación en materia de patria potestad, les llevó al eufemismo de hablar sólo de padres que viven separados".

En definitiva, al quedar redactado el párrafo 5 del artículo 156 en la forma que contiene el Código, se ciernen importantes dudas sobre el intérprete, para saber qué situaciones puede subsumirse en ese supuesto de hecho.

(14) José M.<sup>a</sup> DE PRADA GONZÁLEZ: *Ob. cit.*, pág. 281.

(15) El diputado comunista SOLÉ BARBERA, en su intervención en el Pleno de 17 de diciembre de 1980 —*Diario de Sesiones*, pág. 8871—, afirmaba: "...nosotros nos oponemos y continuamos pensando que es un tremendo error esta distinción que hace la Ley entre hijos no matrimoniales e hijos matrimoniales (...). Entonces, nosotros pretendemos añadir un nuevo párrafo, en el cual damos como principio que la patria potestad de los hijos no matrimoniales corresponde a la madre..."

B) *Posibles interpretaciones. Interpretación amplia y restringida*

La proposición condicional, "si los padres viven separados", interpretada en un sentido amplio abarca diversas situaciones. En efecto, al no distinguir la norma entre separación de hecho o de Derecho, el supuesto permite incluir todo tipo de situaciones imaginables. Así, es posible subsumir los casos de nulidad, separación y divorcio —como "separación" de Derecho—. También la ruptura de la convivencia en parejas no casadas con filiación reconocida o adoptiva. En general, se incluyen todos los supuestos de filiación por naturaleza o adopción, sea o no matrimonial (16).

Tomando la expresión en un sentido restringido, las situaciones comprendidas serían: la separación de hecho de los padres y la ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas. Interpretación de la norma que coincide con la presunta intención que a ella quiso darle el legislador.

C) *Posiciones doctrinales ante las anteriores interpretaciones*

Para la mayoría de la doctrina la norma contenida en el párrafo 5 del artículo 156 debe referirse a los casos de separación matrimonial de hecho, ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas, así como las situaciones de hijos extramatrimoniales —quizá reconocidos por ambos o por uno solo de ellos— donde los padres no estén casados entre sí, aunque casados con otros.

El referir el supuesto de hecho a estos casos únicamente se debe a la regulación de la patria potestad, y en concreto de su ejercicio, que llevan a cabo los artículos 90 y 103 del Código, cuando la separación es de Derecho. En efecto, el artículo 90 CC dispone: "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 debe referirse al menos a los siguientes supuestos: A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el *el ejercicio de ésta* y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos". A través de este convenio regulador los cónyuges, que atraviesan una crisis matrimonial, quizá definitiva, regulan cómo será el ejercicio de la patria potestad. El precepto, consecuente con

---

(16) En las referencias que en este trabajo hago a la filiación por adopción calificándola de matrimonial o no matrimonial, sigo la terminología empleada por el profesor PÉREZ ALVAREZ, que considera la posibilidad de esta clasificación desde la reforma de la Ley 11/1989. Véase Miguel Ángel PÉREZ ALVAREZ: *La nueva adopción*, Edit. Civitas, Madrid, 1989, pág. 170, nota 209.

lo dispuesto en el artículo 170, reconoce como titulares de la patria potestad a ambos *cónyuges* —“Hijos sujetos a la potestad de ambos”—. En base a esa titularidad, que cada uno de ellos ostenta, se procede a regular —pactar— cómo será el ejercicio de la patria potestad y, en su caso, a quién corresponde. Porque lógicamente, la situación, por lo que respecta al ejercicio, no es igual si conviven entre sí los padres con el hijo, que si están separados. Las situaciones podrían ser las siguientes:

— Atribuir la guarda y custodia sobre el hijo a uno de los padres, juntamente con el ejercicio de la patria potestad.

— Atribuir la guarda y custodia a uno de los padres y distribuir entre ellos el ejercicio de la patria potestad. Así, por ejemplo, que el *cónyuge* no conviviente lleva a cabo los actos de administración.

— Atribuir la guarda y custodia sobre el hijo a uno de los padres y establecer el ejercicio de la patria potestad por ambos. Esta situación, en la práctica, suele ser la menos adoptada, puesto que ambos habrán de decidir de mutuo acuerdo todas las situaciones referentes al hijo. En este caso las reglas del ejercicio de la patria potestad serían las contenidas en el párrafo primero del artículo 156. Y, es lógico pensar que, en esta situación no se la más adecuada, puesto que si las divergencias, por la causa que sea, han llevado a los *cónyuges* a la ruptura matrimonial, difícilmente ahora que están separados lleguen a una solución unitaria.

Claramente en los supuestos de separación de Derecho y de mutuo acuerdo no aplicamos directamente el contenido del párrafo 5 del artículo 156. Y ello, porque la norma especial debe prevalecer sobre la general. No cabe duda que el artículo 90 CC contiene, para estos casos, la posibilidad de que los *cónyuges* regulen con minuciosidad cómo y, en su caso, por quién habrá de ejercerse la patria potestad, cuya titularidad comparten.

Igualmente el artículo 103 CC, norma también especial y aplicable a la ruptura matrimonial del Derecho, regula el ejercicio de la patria potestad. Si bien, será ahora el Juez quien lo establezca, al no haber llegado los *cónyuges* a un acuerdo previo.

Especial mención merece el planteamiento de SEISDEDOS MUIÑO (17) para conseguir una interpretación restrictiva del supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156. El fundamento jurídico en el que se apoya es el artículo 92.4 del CC. No obstante, es conveniente advertir que la pretensión de la autora no es analizar el supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156, puesto que parte de su más estricta interpretación, sino el análisis de cómo debe ser el ejercicio de la patria potestad, según estemos

---

(17) Ana SEISDEDOS MUIÑO: *La patria potestad dual*, Edit. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.

ante una separación judicial o de hecho. Así entiende que, en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, salvo que los padres pacten acerca del ejercicio de la patria potestad, o intervenga el juez para disponer lo que crea conveniente, nos encontramos, aun en el supuesto de padres separados, con un ejercicio conjunto de la patria potestad, puesto que el artículo 156.5 del CC no es aplicable a la situación de separación judicial.

Esta es la explicación que, en general, mantiene la doctrina (18) española, para excluir del supuesto de hecho del artículo 156.5 CC la separación matrimonial del Derecho y el divorcio. Sin embargo, el profesor BERCOVITZ (19) entiende que la regla contenida en el párrafo 5 del artículo 156 es de carácter general y, por tanto, aplicable también a los supuestos de separación judicial.

#### D) Interpretación judicial del supuesto de hecho del artículo 156.5 CC

El Tribunal Supremo, todavía, no ha sentado jurisprudencia sobre cuáles sean los casos que integran el supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156. Sin embargo, contamos con algunos indicios.

En efecto, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de febrero de 1984, considera que es posible aplicar el artículo 156. 5 CC, tanto a supuestos de separación matrimonial de hecho y ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas como a los supuestos de separación legal.

Las Audiencias Territoriales también siguen esta línea. En concreto la Audiencia Territorial de Barcelona (20) aplica de forma reiterada el pá-

(18) Entre otros autores que mantienen una interpretación restrictiva acerca de los casos subsumibles en el supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC, podemos citar a: José M.<sup>a</sup> CASTÁN VÁZQUEZ: "Comentario al artículo 156 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones /orales*, Edit. EDERS A, Madrid 1982, págs. 159-160; Jerónimo LÓPEZ PÉREZ: *Ob. cit.*, págs. 53 y sigs.; José PUIG BRUTAU: *Ob. cit.*, págs. 244 y sigs.; Ana SEISDEDOS MUIÑO: *Ob. cit.*, pág. 334; Margarita FUENTE NORIEGA: *La patria potestad compartida*, Madrid, 1986.

(19) Este autor dice: "La regla se extiende a todos los supuestos de separación legal o de hecho". Cfr. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Comentario al artículo 156.5 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 1609-1700. De igual manera, Encarna ROCA TRÍAS, en "Comentario al artículo 92 del Código Civil", de la misma obra.

(20) Entre otras, pueden verse las siguientes Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona: Sentencias de 25 de marzo de 1982 (*RJC*, t. II, 1983, págs. 222 y sigs.), 15 de diciembre de 1983 (*RJC*, t. II, 1984, pág. 322) y 16 de noviembre de 1986 (*RJC*, 1987, págs. 45 y sigs.). En este sentido —aplicación del art. 156.5 CC a separaciones legales— fallan igualmente los Tribunales de Primera Instancia de Cataluña. Así, entre otras, Sentencia de 16 de noviembre de 1982 del Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Mataró (*RJC*, t. II, 1983, pág. 548) y la Sentencia de 29 de diciembre de 1982 del Juzgado de Primera Instancia, número 14, de Barcelona (*RJC*, t. II, 1983, pág. 554).

rrafo 5 del artículo 156 a las separaciones matrimoniales. En especial me parece muy expresivo el segundo considerando de la Sentencia de 15 de diciembre 1983, dictada por la Sala Primera de la Audiencia Territorial en Barcelona. Actuó como ponente don Ricardo Ferrer, que a la sazón dice: "... al no existir en la sentencia privación de la patria potestad al recurrente, con respecto a los hijos comunes, de la que no pudo ser privado en las medidas provisionales al acordar sobre la custodia de los hijos, hay que entender que el recurrente mantiene compartida con la madre esa patria potestad de la que no ha sido privado, si bien, y como es lógico, al quedar al cuidado de la madre, viviendo los padres separados, cual expresa el artículo 156 del Código Civil, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien los hijos conviven..."

Que los anteriores motivos conducen a la desestimación de los motivos del recurso que se basan en una supuesta declaración de cónyuge culpable del recurrente, que no existe, y en una supuesta privación de la patria potestad, que tampoco existe, respecto de los hijos comunes de los que postula en esta alzada que continúen bajo la guarda de la madre, a quien por tal circunstancia corresponde el ejercicio efectivo de la patria potestad de la forma corriente en tanto no medie solicitud fundada del padre, para que el Juez, pueda adoptar los procedentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 156 del CC..."

De esta transcripción podemos obtener la siguiente consecuencia:

El Juez aplica la previsión contenida en el artículo 156.5 CC a los supuestos de separación de Derecho, como una consecuencia jurídica ante la vida separada de los padres. En efecto, al producirse la separación de los padres resulta como consecuencia lógica y evidente que estos vivan separados. Igualmente los hijos quedarán al cuidado de uno de los padres (art. 92.4 *in fine* CC), ostentando éste la guarda y custodia sobre los hijos. Ante estas circunstancias, vida separada de los padres y que los hijos convivan con uno de ellos, el Juez aplica la consecuencia jurídica del párrafo 5 del artículo 156 CC (21).

---

(21) Esta aplicación judicial del párrafo 5 del artículo 156 del Código Civil a los casos de nulidad, separación o divorcio es profundamente criticada por SEISDEDOS MUÑO. Partiendo de una interpretación restringida del supuesto de hecho del artículo 156.5, considera que no se debe aplicar a los casos de ruptura judicial del matrimonio; y para conseguir el mismo resultado previsto en el artículo 156.5 (ejercicio exclusivo de la patria potestad por el padre que conviva con el hijo —que, por lo demás, ella misma entiende que es la solución más adecuada en la práctica—) estima que el fundamento jurídico del Juez debe ser el párrafo 4 del artículo 92 del Código Civil. Véase *ob. cit.*, pág. 340. En este mismo sentido, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, IV (Derecho de Familia). Dirigido por J. L. Lacruz Berdejo, Edit. Bosch, 1984, pág. 256.

La aplicación de la norma en este sentido me parece razonable, siempre que se tenga en cuenta lo siguiente:

a) Estamos ante una norma de carácter general, por ello su aplicación sólo se producirá —en los casos de separación legal o divorcio— si los padres no han dispuesto otra cosa en el convenio regulador. Convenio que deberá ser homologado por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (párr. 2.º del art. 90 CC).

b) En consecuencia con lo anterior, el Juez puede aplicar lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156 CC como un fundamento jurídico, para razonar su oposición a lo convenido por los cónyuges —y siempre que estime y motive que hay un daño para los hijos o perjudique a uno de los cónyuges— o para resolver acerca de quién ejerce la patria potestad si no se ha llegado a un acuerdo por los padres (arts. 103 y 92.4 del CC) ante la situación de vida separada y convivencia de los hijos con un solo progenitor. Lo que no me parece oportuno es la aplicación indiscriminada del párrafo 5 del artículo 156 CC, esto es, su aplicación como única consecuencia posible ante la separación de los padres, puesto que no es éste el alcance de la norma y, además, supondría la imposible aplicación del artículo 90 CC, al no poder nunca decidir los padres sobre esta materia. En efecto, si como consecuencia de la separación de los padres la convivencia de los hijos con uno solo de ellos aplicamos directamente lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156 CC, llegamos a la consecuencia de que los padres no pueden establecer en el convenio regulador otra cosa; y no es éste el efecto que establece el Código Civil en esta materia.

En definitiva, considero que tendremos que concluir, tal y como mantiene la doctrina, que en los supuestos de separación judicial y divorcio son los cónyuges los que a través del convenio regulador (art. 90.1.a) CC) pueden establecer cuál sea el modo de ejercer la patria potestad y a quién corresponde, no siendo de aplicación directa lo dispuesto en el artículo 156.5 CC. Ahora bien, el Juez puede aplicar dicha norma para oponerse al convenio regulador si lo estima conveniente o para establecer que sea ejercida la patria potestad por uno solo de los cónyuges si éstos no han llegado a ningún acuerdo. Pero igualmente podría el Juez establecer otra cosa —por ejemplo, distribuir el ejercicio entre ambos o, incluso, establecer el ejercicio conjunto de la patria potestad— en uso de las amplias facultades que la Ley le concede. A este respecto, creo conveniente hacer la siguiente *matización*.

La profesora SEISDEDOS MUIÑO, así como gran parte de la doctrina, consideran que la única base legal del Juez para establecer la consecuencia

jurídica del ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte del padre que conviva con el hijo debe ser el artículo 92.4 del CC.

La razón de este planteamiento es la interpretación y aplicación separada de los artículos del CC —unos referentes a la patria potestad y otros a los efectos de la separación matrimonial— modificados por las Leyes 11 y 30 de 1981.

En efecto, esta visión parcial y autónoma de normas que únicamente tratan aspectos diversos de una misma realidad impide la aplicación del artículo 156.5 del CC a los supuestos de ruptura matrimonial declarada por sentencia. Sin embargo, considero que el párrafo 5 del artículo 156 del CC no es de imposible e inconveniente aplicación a los supuestos de separación, nulidad o divorcio regulados en el título IV, libro I, del CC. Si los cónyuges tramitan su separación de común acuerdo deberán acompañar junto al escrito de demanda un convenio regulador, en el que deben establecer, entre otras cosas, a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad (arts. 81 y 90.1.a) del CC, y disp. adic. 6.<sup>a</sup> de la Ley 30/1981, de 7 de julio). Si de los pactos que en este convenio establezcan los cónyuges no se deriva un posible perjuicio para ellos o los hijos, el Juez, previa ratificación de lo convenido por las partes, homologará los pactos previstos y, mediante sentencia, declara la separación de los cónyuges. En consecuencia, no se aplica para este caso lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156. (Pero no olvidemos que tampoco sería de aplicación en el supuesto de hecho admitido por toda la doctrina —separación de hecho o ruptura de la convivencia en parejas no casadas— si hubo un previo acuerdo entre los padres.)

Ahora bien, aun en este supuesto, puede suceder que el Juez estime inconveniente lo pactado. En este caso, y en primer lugar, conminará a los cónyuges para que reformen lo convenido (art. 90.2 CC). Y si todavía considera impertinente la propuesta de convenio, podrá el Juez establecer lo que estime más oportuno. Es en este punto —establecer lo que estime más oportuno— donde entra en juego, por lo que respecta a la patria potestad, el artículo 92.4 del CC. Esta norma es la que FACULTA (22) al Juez para decidir incluso en contra de lo pactado por los cónyuges. Si en uso de esta facultad decide que la patria potestad sea ejercida por el padre que conviva con el hijo, parece razonable que al coincidir con lo ya

---

(22) La diputada PELAYO DUQUE dice a este respecto: "... en el apartado último del artículo 92 de este proyecto de Ley, cuando se conceden al Juez amplias facultades para acordar, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos", en *Código Civil (reformas 1978-1983). Trabajos parlamentarios*, II. Dirigidos por Fernando Santaolalla, Edit. Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. 1684.

previsto por el legislador funde su decisión en la norma que así lo establece (art. 156.5 CC).

El mismo razonamiento es válido para los supuestos de separación contenciosa, si bien ahora la parte demandante propondrá unas medidas provisionales (art. 103 CC) en las que también se discutirán los problemas concernientes a la patria potestad. Igualmente, el Juez está facultado para decidir, en interés de los hijos, lo que estime más conveniente.

En consecuencia, el artículo 92.4 no es el único fundamento para establecer el ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte del padre que conviva con el hijo. En este precepto se autoriza al Juez para que libremente decida lo que estime más conveniente para el desarrollo de la personalidad del hijo, y a partir de esta libertad de decisión, por supuesto siempre motivada, podrá el Juez referirse en fundamento de su decisión al párrafo 5 del artículo 156 del CC.

En conclusión, la aplicación del párrafo 5 del artículo 156 CC es, para el Juez, un fundamento de sus decisiones, no una consecuencia jurídica inevitable que ha de establecer. La consecuencia jurídica que prevé el párrafo 5 del artículo 156 CC es una de las posibles que el Juez puede adoptar, no la única, aunque posiblemente sea la más conveniente. Por ello los Tribunales se han apoyado en esta norma para atribuir el ejercicio de la patria potestad al cónyuge que conviva con los hijos.

#### *E) Criterios que ante estas situaciones aplican otros países*

Este problema, que ha tenido que abordar nuestra doctrina, viene motivado por no haber seguido la forma de actuación en el Derecho comparado. Las legislaciones extranjeras vecinas a España, como la francesa y la italiana, y aun estando más alejada también la alemana, han solventado con mucho mejor criterio este problema.

En general, las legislaciones de los países referidos distinguen claramente entre familia legal y familia de hecho, por lo que la aplicación de las normas para cada uno de los casos no plantea problemas.

En Francia, el artículo 374 del CC establece cuál es y a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad en el caso de la familia natural. Así se establece el ejercicio conjunto de la patria potestad cuando el hijo es reconocido por el padre y por la madre. Si sólo lo ha reconocido uno de los dos, éste la ejercerá. En caso de desacuerdo se prevé el auxilio judicial igualmente que si se hubiese constituido la familia por matrimonio.

En Italia se regula el ejercicio de la patria potestad de los progenitores no casados en los artículos 250 y 317 del *Codice*. Las reglas son similares a las francesas.

Atribuyen el ejercicio de la patria potestad al progenitor que primero reconozca al hijo. En caso de reconocimiento por parte de ambos progenitores, el ejercicio de la patria potestad será conjunto si conviven ambos con el hijo. En ausencia del presupuesto de la convivencia, la patria potestad será ejercida por aquel que primero haya hecho el reconocimiento.

Cuando conviven ambos progenitores no casados con el hijo hay un reenvío del artículo 316 —que regula el ejercicio de la patria potestad de las parejas casadas—. Como dice BUCCIANTE (23), esta disposición del legislador ha llevado a pensar a la doctrina que hay un intento de reconocer o de dar relevancia a la familia natural.

En Alemania, el BGB también distingue entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Incluso dentro de la regulación de la patria potestad —ciudadano paterno, dice el BGB— de los hijos matrimoniales se contiene en el artículo 1.672 una regla para el caso de vida separada de los padres. Dicho precepto comienza diciendo: "Si los padres viven no sólo temporalmente separados..."; en este caso no hay problemas para integrar el supuesto de hecho, puesto que dicho precepto se incluye en el capítulo dedicado al matrimonio. En los artículos 1.705-1.710 se regula la patria potestad de los hijos no matrimoniales, que se atribuye (art. 1.705) a la madre.

F) *¿ Qué significa que el hijo conviva con uno solo de los padres?*

De forma escueta, podemos decir junto con VENTOSO ESCRIBANO (24), e igualmente interpreta la generalidad de la doctrina, "la convivencia a que se refiere la norma debe entenderse como efectiva ocupación y atención para con el hijo". Por ello no es necesario que la convivencia sea física en sentido literal: la patria potestad será también ejercida aunque el hijo esté interno en un colegio.

### 3. CONCLUSIONES

A la luz de las posibles interpretaciones que del supuesto de hecho del párrafo 5 del artículo 156 CC se pueden mantener, el estudio de las posiciones doctrinales y la aplicación de la norma por los Tribunales, considero que hemos de establecer una interpretación amplia del supuesto de hecho

(23) A. BUCCIANTE: "La potestà del genitori, la tutela e l'emancipazione", en *Trattato di Diritto Privato, 4 (personae e famiglia III). Diretto da Pietro Rescigno*, Edit. UTET, 1982, págs. 465 y sigs.

(24) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *Ob. cit.*, pág. 132.

de esta norma, tal y como propugna, entre otros, el profesor BERCOVITZ (25). Y ello por lo siguiente:

Primero. La previsión del párrafo 5 del artículo 156 CC es, como dice BERCOVITZ, una regla de carácter general. Y además podemos decir que subsidiaria. Como dice VENTOSO ESCRIBANO (26), esta regla sólo se aplica en defecto de pacto entre los progenitores. En efecto, decimos que no se aplica directamente a los supuestos de separación de *iure* como consecuencia de su generalidad. Efectivamente, existen normas especiales como los artículos 90, 92 y 103 del CC. Normas en las que los padres pactan lo que crean conveniente sobre el ejercicio de la patria potestad y el Juez homologa su decisión si no son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Igualmente propone VENTOSO ESCRIBANO que pueden regular por pacto el ejercicio de la patria potestad las parejas no casadas y los cónyuges separados de hecho. En estos supuestos, que son los que entienden incluidos sin discrepancia toda la doctrina en el supuesto de hecho, tampoco aplicaríamos lo dispuesto en el artículo 156.5 CC.

Segundo. El artículo 159 (27) del Código Civil prevé también el caso de que los padres vivan separados. Como dice VENTOSO ESCRIBANO: "Sin mayor especificación, es decir, estén o no casados y la separación sea o no judicial". En estos casos, y si los padres no prevén otra cosa, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre —a salvo siempre de que el Juez, por motivos especiales, procediese de otro modo.

En este precepto, que utiliza la misma expresión que el párrafo 5 del artículo 156, no hay duda de que no se está refiriendo única y exclusivamente a la separación de hecho de los cónyuges o a la ruptura de la convivencia de una pareja de hecho con hijos reconocidos. Es más, el Juez, ante una demanda de nulidad, separación o divorcio, puede muy bien recurrir a esta norma para fundamentar que sea la madre quien esté al cuidado de los hijos e hijas menores de siete años. Igualmente, puede el

(25) Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Ob. cit.*, págs. 1069 y sigs.

(26) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *Ob. cit.*, págs. 99 y sigs.

(27) La reciente Ley 11/1990, de 15 de octubre (*BOE* del 18 de octubre de 1990), sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, ha modificado la redacción del artículo 159, suprimiendo su referencia a la mujer. Su redacción vigente es la siguiente: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años". Con independencia de las modificaciones que en el régimen de la patria potestad suponga este cambio de redacción, considero válido el razonamiento efectuado al mantenerse la proposición condicional "si los padres viven separados".

Juez utilizar el párrafo 5 del artículo 156 CC para fundamentar que ejerza exclusivamente la patria potestad el padre que conviva con el hijo. Y no sólo en las medidas provisionales de las que habla el artículo 103 CC, sino, incluso, contraviniendo el pacto que hayan propuesto los cónyuges en el convenio regulador si el Juez estima que es perjudicial para el hijo o uno de los cónyuges (art. 90.2 CC).

Tercero. En los procesos de separación judicial y divorcio, ciertamente, existirá un convenio regulador o unas medidas provisionales que en el fallo de la sentencia se habrán convertido en definitivas —si bien modificables—, que contendrán cómo deba de ser y, en su caso, a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, imaginemos el siguiente supuesto: En el fallo de una imaginaria sentencia de separación se establece que los hijos queden bajo la guarda y custodia de la madre, así como que sea ésta quien ejerza la patria potestad. El otro cónyuge no conviviente con los hijos sigue siendo titular de la patria potestad, puesto que no se le ha privado de ella. Por esta razón no está exento de ninguna de las obligaciones que ésta conlleva. Este progenitor —titular de la patria potestad, pero no ejerciente— considera que el otro no actúa con la debida diligencia en el ejercicio de la patria potestad. Y quiere, en interés del hijo, ejercer conjuntamente la patria potestad con el que la tenía atribuida exclusivamente o compartir con él su ejercicio o, simplemente, que se le permita ejercerla para algunos supuestos determinados. ¿Qué podría hacer?

Desde luego, tanto en los convenios reguladores como en las medidas que rigen la separación judicial o divorcio es posible aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* (art. 90.3 CC). Pero ello no es óbice, y más en los casos que se refieran exclusivamente al ejercicio de la patria potestad, para recurrir a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 156.5 CC. Como dice BERCOVITZ: "En todos estos supuestos —y es la segunda parte de la regla— el *status* existente y normal del ejercicio de la patria potestad del progenitor que vive con los hijos puede verse alterado en cualquier momento por el Juez en el sentido que considere más adecuado (sus facultades son tan amplias aquí como en el párrafo segundo del art. 156), a solicitud fundada del otro progenitor que no ejerce la patria potestad".

Resumiendo, podemos decir: En el supuesto de hecho del artículo 156.5 CC es posible integrar tanto los supuestos de separación legal o de hecho como los casos de ruptura de la convivencia en parejas reconocedoras no casadas. En los casos de separación legal o divorcio la previsión del artículo 156.5 CC, al ser norma general, decaerá en beneficio de los pactos que llevan a cabo los cónyuges —igualmente en los casos de separación de hecho o ruptura de la convivencia en parejas no casadas si han acordado cómo deba de ser el ejercicio de la patria potestad.

En los casos de separación legal o divorcio, el Juez puede fundamentar su decisión en esta norma para establecer a quién corresponda el ejercicio de la patria potestad. Y ello aunque la facultad de decisión del Juez se derive de lo previsto en el párrafo 4 del artículo 92 del CC. Puesto que si ha llegado a la conclusión de contravenir lo dispuesto por los padres o simplemente decide establecer cuál deba de ser el ejercicio de la patria potestad, es ahora cuando el Juez está ante un claro supuesto en el que se ventilan relaciones paterno-filiares; y como la regulación de éstas es independiente e igualmente aplicable —en base al principio de igualdad— exista o no matrimonio entre los padres, puede fundar su decisión en la norma que compagina con su criterio de atribución de la patria potestad, en este caso el párrafo 5 del artículo 156 del CC.

Además, los padres a quienes no corresponda el ejercicio de la patria potestad, tanto en los casos de nulidad, separación y divorcio como en los supuestos de separación de hecho o vida separada de padres reconocedores no casados, pueden utilizar el párrafo 2 del artículo 156.5 del CC como fundamento legal para intervenir en el ejercicio de la patria potestad.

#### IV. ANALISIS DE OTROS CASOS: ¿SON SUBSUMIBLES EN EL SUPUESTO DE HECHO DEL PARRAFO 5 DEL ARTICULO 156 DEL CODIGO CIVIL?

##### 1. NULIDAD DEL MATRIMONIO

###### A) Introducción

En general, declarada la nulidad de cualquier negocio jurídico, consideramos como si dicho negocio no se hubiera celebrado. Por ello han de volver las cosas a su *statu quo ante* (art. 1.303 CC). Sin embargo, en el matrimonio, donde priman los aspectos personales, no podemos concluir de esta manera (28). En efecto, el artículo 79 CC dispone: "La declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe". Como dice

(28) A este respecto dice GARCÍA CANTERO: "Como excepción a los tradicionales efectos de la nulidad del negocio jurídico, la sentencia de nulidad **matrimonial** no impide que el matrimonio produzca los mismos efectos que produce el matrimonio válido respecto de los hijos en todo caso, y además respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe...", en "Comentario al artículo 79 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edit. EDERSA, Madrid, 1982, pág. 244.

GARCÍA CANTERO (29): "La sentencia de nulidad carece de efectos retroactivos; su eficacia es *nuc* y no *ex tunc*; se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado. Viene así a efectuarse una aproximación entre los efectos de la disolución del matrimonio y los de declaración de nulidad..." Según esto, los hijos nacidos antes de declararse nulo el matrimonio tendrán la consideración de hijos matrimoniales. Como este efecto ya se había producido, conservarán esta cualidad aun declarado nulo el matrimonio. De cara al futuro, y siempre para los hijos, las consecuencias se producirán como si el matrimonio no se hubiera declarado nulo. Así, serán herederos forzosos de sus progenitores, conservarán en su caso derecho de representación en la herencia a la que hubieran podido concurrir sus progenitores y, en definitiva, conservan el parentesco con las familias de ambos progenitores.

#### B) *El ejercicio de la patria potestad en los casos de nulidad*

Los cónyuges cuyo matrimonio ha sido declarado nulo siguen siendo titulares de la patria potestad —salvo que hubieran sido privados de ella en el procedimiento de nulidad— y, en principio, abocados a ejercitar su contenido. Sin embargo, nos vamos a encontrar ante unos padres que normalmente viven separados: ¿Cómo será el ejercicio de la patria potestad? La regulación es la misma que en los supuestos de separación legal y divorcio, puesto que el Código Civil regula en el capítulo IX del Título IV del Libro I los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, estableciendo para todos los casos que los padres no están exentos de sus obligaciones para con los hijos (art. 92.1 CC). No obstante, y por lo que respecta a la determinación de quién deba ejercer la patria potestad, es posible introducir alguna matización.

El artículo 90 del CC indica cuál debe de ser el contenido mínimo del convenio regulador, y en especial su párrafo primero, apartado *a*), se refiere al ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, a tenor del artículo 90 CC —"El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86..."—, el convenio regulador sólo está previsto en los casos de separación y divorcio, y nada se dice en materia de nulidad. No obstante, como dice VENTOSO ESCRIBANO (30): "Hoy la patria potestad es susceptible de pacto entre los padres, al menos para distribuir y regular el ejercicio de ésta". Pero parece que en los casos de nulidad, al no estar previsto expresamente en el Código, no sea lo más normal. Por ello, en los supuestos de nulidad, y

(29) Gabriel GARCÍA CANTERO: *Ob. cit.*, págs. 245 y sigs.

(30) Alfonso VENTOSO ESCRIBANO: *Ob. cit.*, págs. 99 y sigs.

cuando no haya un previo **acuerdo** entre los padres, será el Juez quien determine cómo será y a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad. A estos efectos, el artículo 91 del CC dispone: "...el Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará... las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad en relación con los hijos..."

En vista de todo esto, parece razonable pensar que en los casos de nulidad, al no hablar el Código expresamente del convenio regulador y al ser probable que los padres no hayan establecido un acuerdo previo, el Juez debe tomar la decisión de cuál deba de ser y a quién corresponda al ejercicio de la patria potestad, pudiendo en estos casos fundar su decisión, si lo estima conveniente, en el párrafo 5 del artículo 156 CC.

En conclusión, y sin perjuicio de aplicar todo lo dicho a la separación legal y al divorcio, la nulidad matrimonial se presenta como un campo propicio para que el Juez fundamente, en virtud de la vida separada de los padres, el ejercicio exclusivo de la patria potestad por el padre que conviva con los hijos, tomando como base legal el párrafo 5 del artículo 156 CC.

## 2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PADRES NO CASADOS

### ENTRE SÍ

#### A) *En el caso de que reconozca al hijo uno solo de los progenitores (31)*

##### a) *Introducción*

La patria potestad se relaciona con la paternidad, bien sea por naturaleza o por adopción y, necesariamente, con la determinación legal de la filiación.

---

(31) Una argumentación similar podemos establecer para los siguientes supuestos: cónyuge viudo que vive **maritalmente** con otro o que ha contraído nuevo matrimonio. En estos dos supuestos la filiación es matrimonial. La titularidad y ejercicio de la patria potestad corresponde exclusivamente al padre. Pero es cierto que en ambos casos el *partenaire* o el nuevo cónyuge del progenitor puede intervenir *de facto* en el ejercicio de la patria potestad. Por ello la aplicación sería, para estos supuestos, similar a la planteada en el caso de reconocimiento por un solo progenitor. Ahora bien, la intervención *de iure* en la patria **potestad** seguirá un camino distinto. En efecto, en el caso de haber contraído matrimonio con el progenitor será posible la adopción del hijo del consorte a través del procedimiento abreviado previsto en el artículo 176.2.º del CC. En el supuesto del *partenaire* se podrá aplicar por analogía el mismo precepto. Y ello por la extraña permisibilidad adoptiva que concede la disposición adicional tercera de la Ley de adopción a las parejas estables no casadas.

En los supuestos de parejas no casadas la filiación, lógicamente, no será matrimonial. El reconocimiento de los hijos puede llevarse a cabo por los medios que establece el artículo 120 CC. A partir del reconocimiento se atribuye la patria potestad al padre (o padres) reconocedor.

En el caso de que uno solo de los progenitores haya reconocido al hijo, éste será el titular y ejerciente de la patria potestad. Nos encontramos ante un caso de titularidad y ejercicio exclusivo de la patria potestad: sólo al progenitor reconocedor le corresponde.

Este supuesto es similar al caso de ejercicio exclusivo de la patria potestad por el cónyuge viudo. Al fallecer el otro, todas las funciones que integran la patria potestad se concentran en el supérstite. Las diferencias lógicas giran en torno a la determinación de la filiación: en un caso, son hijos matrimoniales, y en el otro, no. Además, en el caso de filiación no matrimonial en el que sólo un progenitor ha reconocido, las facultades que integran la patria potestad nacen en toda su amplitud en cabeza del padre que ostente la titularidad, si bien estas facultades, en el futuro, pueden reducirse si el otro progenitor reconoce al hijo. Por tanto, al haber un único titular de la patria potestad, es a éste al único que le corresponde el ejercicio, no pudiendo aplicarse el párrafo 5 del artículo 156 CC, puesto que en este precepto ambos padres ostentan la titularidad.

b) *"Quid iuris" si el padre reconocedor vive con el otro no reconocedor*

La situación sería la siguiente: una pareja no casada conviviente tiene un hijo. Este es reconocido por uno solo de ellos y mantienen la convivencia estable.

Legalmente la patria potestad corresponde, tanto en titularidad como en ejercicio, al progenitor reconocedor. Pero al vivir juntos es previsible que ejerzan ambos la patria potestad. Esta situación no está prevista en el Código, puesto que por parte del padre no reconocedor nos encontramos ante un ejercicio de la patria potestad *de facto*.

Es evidente que en esta situación el padre no reconocedor puede tomar decisiones que atañen al hijo. Algunas de éstas pueden ser decididas junto con el otro progenitor o, incluso, decidir él únicamente lo que crea conveniente. Así, por ejemplo, podría matricular al niño en un colegio.

Cuando estas decisiones salen de la esfera personal y familiar y entran en contacto con terceras personas, tendremos que buscar alguna solución que indique cuál deba de ser su tratamiento.

Viviendo los padres juntos, aun en el caso de que uno de ellos no haya reconocido al hijo, pueden convenir conjuntamente lo que consideren más

conveniente. En este caso el ejercicio de la patria potestad sería similar al previsto en el párrafo primero del artículo 156 CC. Las actuaciones individuales del padre no reconocedor deberán seguir el mismo cauce, puesto que en definitiva actúa con el consentimiento, al menos tácito, del que ostenta la patria potestad. Estos progenitores crean en el contorno que les rodea una apariencia, tanto de familia legalmente constituida como de titularidad compartida de la patria potestad. Por ello los terceros que celebren algún acto con estos progenitores, y en especial con el no reconocedor, confiando en la apariencia, no deberán ser perjudicados. En este supuesto será aplicable por analogía el párrafo tercero del artículo 156 CC.

Mayores problemas plantea la aplicación del párrafo segundo del artículo 156 CC. En efecto, si los padres no se pusieran de acuerdo sobre alguna cuestión que afectase al ejercicio de la patria potestad, el único con capacidad de decidir sería el padre reconocedor. Entiendo que el no reconocedor no podría usar la previsión de este párrafo del artículo 156 CC puesto que no está legitimado. El camino a emplear sería el reconocimiento del hijo, pudiendo desde este momento ejercitar sus derechos.

En consecuencia, en esta situación y en base a la apariencia creada se podría aplicar por analogía el ejercicio conjunto de la patria potestad, pero no el párrafo 5 del artículo 156 CC, puesto que no se incluye en su supuesto de hecho.

### *c) Que los padres vivan separados*

Las situaciones podrían ser las siguientes: Pareja no casada que ha tenido un hijo, que es reconocido por uno solo de ellos, y dejan de vivir juntos. También se incluirían los casos de hijos nacidos de una relación extramatrimonial (32), donde es muy probable que desde el principio los padres vivan separados.

En estos casos, igualmente, corresponde el ejercicio y titularidad de la patria potestad al padre que haya reconocido al hijo. Al vivir separados y ser un progenitor el único reconocedor, entiendo que tampoco se subsumirá en el párrafo 5 del artículo 156 CC. Porque el reconocedor en este caso es al que exclusivamente le corresponde ejercitar la patria potestad, pero no por ser él quien vive con el hijo, sino por ser el único titular de la patria potestad.

En estos supuestos, al no vivir juntos, es difícil que creen una apariencia de familia, así como de ser ambos titulares de la patria potestad. Por ello

---

(32) En este caso me refiero a los hijos que antes de la Constitución del 78 y la reforma del Código Civil se llamaban adulterinos.

las actuaciones del padre no reconocedor serán improbables, tanto por su presumible desinterés hacia el hijo como por no haber creado una apariencia en el ejercicio y titularidad de la patria potestad. En vista de ello, si quiere intervenir las funciones inherentes a la patria potestad, deberá de reconocer al hijo, ejercitando, en su caso, las acciones de filiación.

B) *En el caso de que no reconozcan al hijo  
ninguno de los progenitores*

a) *Introducción*

Venimos diciendo que la determinación legal de la filiación, tanto si es matrimonial como no matrimonial, y aun en los supuestos de adopción, indican, *prima facie*, quién ostenta la titularidad y posible ejercicio de la patria potestad. Si el hijo no está reconocido por ninguno de los progenitores, no podemos atribuir legalmente el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, podemos plantearnos el siguiente supuesto: los componentes de una pareja no casada son padres de un hijo al que ninguno de los dos ha reconocido. En este supuesto, y si ejercen alguna función de las que integran la patria potestad, estamos ante un ejercicio *de facto*, no regulado en el Código Civil. A su vez, las consecuencias del ejercicio *de facto* serán distintas según vivan juntos o separados.

b) *Si viven juntos*

En esta situación tendremos que aplicar por analogía el ejercicio conjunto de la patria potestad. Las decisiones sobre las cuestiones que atañen al hijo deberán tomarse de común acuerdo. Si frente a terceros crean una apariencia jurídica de padres titulares de la patria potestad, los negocios que hayan concluido —estos terceros— con ambos, o con uno solo de ellos, deberán de ser considerados válidos (principio de buena fe y, en su caso, aplicación analógica del párrafo 3 del art. 156 CC).

Si hay discrepancias entre los padres no reconocedores sobre el ejercicio de la patria potestad, entiendo que ninguno de ellos está legitimado para recurrir ante el Juez en aplicación del párrafo segundo del artículo 156, puesto que ninguno de ellos ostenta la patria potestad. El camino a seguir sería el reconocimiento de la filiación.

c) *Si viven separados*

Aun no siendo ninguno de ellos titulares de la patria potestad, estando ambos separados y viviendo uno solo de ellos con el hijo, será éste quien ostente *defacto* la titularidad de la patria potestad, así como su ejercicio. Pero no como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 156 CC, sino por mostrarse ante los demás como único titular y ejerciente. No obstante, si en un principio vivieron juntos y es ahora cuando se separan, creo que en este supuesto sí sería consecuente aplicar analógicamente el párrafo 5 del artículo 156 CC. Y ello porque viviendo juntos mostraban una apariencia de cotitularidad. Al separarse se rompe dicha apariencia, concentrándose todas las facultades de la patria potestad en el padre no reconocedor conviviente con el hijo.

C) *En los casos de adopción*

a) *Introducción*

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, permite la adopción de los menores de edad por parejas estables no casadas. En efecto, la disposición adicional tercera de esta Ley dispone: "Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por la relación de afectividad análoga a la conyugal".

Ante esta permisibilidad del legislador, sin precedentes en ninguna legislación extranjera, nos vamos a encontrar con parejas no casadas que ostentarán la patria potestad en virtud de la adopción.

En este supuesto hay determinación legal de la patria potestad. Por ello, tanto en el supuesto de que vivan juntos como separados se aplica directamente lo dispuesto en el Código Civil.

b) *Si viven juntos*

Como hemos dicho, al poder adoptar conjuntamente los componentes de una pareja no casada, ambos ostentan la titularidad de la patria potestad. Consecuente con lo anterior, el ejercicio debe ser conjunto. Directamente se aplica el régimen normal de ejercicio de la patria potestad, contenido en los cuatro primeros párrafos del artículo 156 CC.

c) *Si viven separados*

En el caso de separación de los adoptantes y no habiendo pacto sobre a quién corresponda el ejercicio de la patria potestad, aplicaremos el párrafo 5 del artículo 156 CC. Así, ejercerá la patria potestad el adoptante que viva con el menor adoptado y conservará la titularidad, salvo supuesto de privación, el adoptante no conviviente. Este adoptante tendrá la posibilidad de acudir al Juez, tal y como dispone el segundo párrafo de este mismo precepto.

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ

## BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: "Patria potestad", en *Curso de Derecho civil*, IV. *Derecho de familia*, Edit. Bosch, Barcelona, 1986.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "Comentario al párrafo 5 del artículo 156", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1069-1070.
- BESSONE, Mario: *Giurisprudenza del Diritto di famiglia*, Raccolti de Dogliotti e Ferrando (2.<sup>a</sup> ed.), Edit. Giuffrè, 1980, pág. 7.
- BUCCIANTE, A.: "La potestà del genitore, la tutela e l'emancipazione", en *Trattato di Diritto Privato*, 4 (personae e famiglia III), Diritto da Pietro Rescigno, Edit. UTET, Torino, 1982, págs. 465 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: "Patria potestad", en *Derecho civil español, común y foral*, tomo V; *Derecho de familia*, vol. II, Relaciones paterno-filiares y tutela. Actualizado por J. M. Castán Vázquez, Edit. Reus, S.A., Madrid, 1985, págs. 201 y sigs.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José M.<sup>a</sup>: *La participación de la madre en la patria potestad*, Edit. Imprenta Mas, Madrid, 1957.
- "La patria potestad de la madre en Derecho español", en *Revista de Derecho Privado*, 1957, págs. 508 y sigs.
- "Comentario al artículo 156.5 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, tomo III, vol. II (2.<sup>a</sup> ed., revisada y ampliada, a la reforma del CC), Edit. EDERSA, Madrid, 1982, págs. 61 y sigs.
- DE CÖSSFO Y CORRAL, Alfonso: "Patria potestad", en *Instituciones de Derecho civil*, vol. II (Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones), Edit. Civitas, Madrid 1988, págs. 479 y sigs.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José M.<sup>a</sup>: "La patria potestad tras la reforma del Código civil" y "La patria potestad conjunta en la reforma de 13 de mayo de 1981", en *Revista de Derecho Notarial*, 1982, págs. 252-355 y 264-290, respectivamente.
- DÍEZ PICAZO, Luis: "Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 3-20.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: "Patria potestad", en *Manual de Derecho civil español*, vol. IV. Familia. Edit. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 374 y sigs.
- FUENTE NORIEGA, Margarita: *La patria potestad compartida en el Código Civil español*, Edit. Montecorvo, S.A., Madrid, 1986.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: "Comentario al artículo 79 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edit. EDERSA, Madrid, 1982, págs. 239-247.

- "Notas sobre la representación legal en Derecho **de familia**", en *Actualidad Civil*, marzo (semana del 5 al 11) 1990.
- GETE-ALONSO Y CALERO, María del Carmen: "Comentario al artículo 79 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 416-427.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho administrativo*, I, Edit. Civitas, S.A., Madrid, 1989, pág. 70.
- IZQUIERDO MONTORO, Elías: "El abogado ante la separación de hecho", en *RGLJ*, núm. 230, 1971, págs. 780-842.
- LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción: "Acerca de la posible **inconstitucionalidad** del artículo 159 del Código Civil", en *Revista de Derecho Privado*, 1990, págs. 561-582.
- LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: *La patria potestad: voluntad del titular*, Edit. Universidad de Valladolid, 1982.
- MALAUURIE, Philippe: "La vie familiale. Autorité parentale", en *Droit civil. La famille*, Edit. Cujas, París, 1987, págs. 384 y sigs.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: "La familia en la Constitución española", en *Revista de Derecho Privado* (noviembre), 1981, págs. 963-983.
- PAU PEDRÓN, Antonio: "La nueva regulación alemana sobre patria potestad", en *ADC*, 1982, págs. 723-749.
- PÉREZ ALVAREZ, Miguel Ángel: *La nueva adopción*, Edit. Civitas, Madrid, 1989.
- PUENTE MUÑOZ, Teresa: "Reflexiones de una jurista en torno a la reforma del Derecho de familia en España", en *RDN* (abril-junio), 1979, págs. 292 y sigs.
- PUIG BRUTAU, José: "Relaciones paterno-filiales", en *Fundamentos del Derecho civil*, tomo IV, 2.<sup>a</sup> edición (familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela), Edit. Casa Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1985, págs. 244 y sigs.
- ROCA TRÍAS, Encarna: "Comentario al artículo 92 del Código Civil", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 576.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: "La patria potestad", en *Elementos de Derecho civil*, IV (Familia), Edit Bosch, Barcelona, 1982, págs. 715 y sigs.
- SEISDEDOS MUÑO, Ana: *La patria potestad dual*, Edit. Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Edit. Colex, Madrid, 1989.