

LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD AL PROGENITOR
NO CUSTODIO COMO CONSECUENCIA DE LA DESATENCIÓN
ECONÓMICA Y PERSONAL HACIA SU HIJO MENOR.
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 291/2019, DE 23 DE
MAYO (RJ 2019, 1975)*

*THE DEPRIVATION OF PARENTAL AUTHORITY TO THE NON-
CUSTODIAL PARENT AS A CONSEQUENCE OF ECONOMIC AND
PERSONAL NEGLECT TOWARDS HIS OR HER MINOR CHILD. COMMENT
ON SPANISH STS NO. 291/2019, OF MAY 23 (RJ 2019, 1866)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 526-541

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y en el Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP Sofía De Salas Murillo/M^a Victoria Mayor del Hoyo.



Javier
MARTÍNEZ
CALVO

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: PEI hecho de que no exista comunicación alguna entre el menor y el progenitor no custodio durante un periodo prolongado de tiempo y que, además, este no abone puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor de su hijo sin causa justificada, supone un incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones inherentes a la patria potestad. Ello provoca que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad por parte del progenitor incumplidor.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad; privación; alimentos; derecho de visitas; incumplimiento; menores.

ABSTRACT: *The fact that there is no communication between the minor child and the non-custodial parent for a prolonged period of time and that, furthermore, the parent does not pay punctually and voluntarily the support payments established in favor of his or her child without just cause, is a serious and repeated violation of the obligations inherent to parental authority. This causes the parent-child relationship to be seriously affected and justifies, for the benefit of the child, the loss of parental authority on the part of the non-compliant parent.*

KEY WORDS: *Parental authority; deprivation; support; visiting rights; non-compliance; minor children.*

SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. COMENTARIO: I. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MENORES EN SUPUESTOS DE FALTA DE CONVIVENCIA DE LOS PROGENITORES.- II. LA OBLIGACIÓN DEL PROGENITOR NO CUSTODIO DE RELACIONARSE CON SUS HIJOS MENORES.- III. POSIBLES CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y ECONÓMICAS CON EL MENOR.- IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y ECONÓMICAS COMO PRESUPUESTO PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

SUPUESTO DE HECHO

Dña. Juana interpuso demanda contra su expareja sentimental, D. Paulino, en la que solicitaba que fuera privado de la patria potestad que ostentaba sobre el hijo menor de ambos, Vitorino, ante el incumplimiento de sus obligaciones económicas y personales respecto del mismo. D. Paulino, por su parte, se opuso a las pretensiones de Dña. Juana, negando la dejación de sus deberes como padre. Alegó que era transportista, lo que le dificultaba el cumplimiento del régimen de visitas en la forma acordada, siendo además que la madre obstaculizaba el mismo; y que, pese a que le afectó la crisis económica, en la medida de sus posibilidades había hecho frente al pago de la pensión de alimentos establecida en favor de su hijo.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 de Santander dictó Sentencia con fecha 20 de febrero de 2017 por la que desestimó la demanda interpuesta por Dña. Juana y mantuvo a D. Paulino en la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre Vitorino, acordando un régimen de visitas progresivo que se llevaría a cabo en los Puntos de Encuentro Familiar de Santander.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Dña Juana, que fue estimado por la Sección 2ª Audiencia Provincial de Santander en su Sentencia de fecha 8 de mayo de 2018, revocando la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 de Santander, para acordar la privación de la patria potestad que D. Paulino ostentaba sobre

• Javier Martínez Calvo

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Profesor de Derecho Civil en la Universidad San Jorge. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación Ius Familiae y del Proyecto de Investigación "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores". Sus líneas de investigación principales son: derecho de la persona, filiación, derecho de familia, mediación familiar y protección de menores y discapacitados. Correo electrónico: javiermartínezcalvo@gmail.es.

Vitorino. La Audiencia motivó la privación de la patria potestad sobre la base de la desatención personal y económica de D. Paulino hacia su hijo.

En relación a la desatención personal, consideró que la falta de comunicación con el menor desde 2009 supone de por sí un gravísimo incumplimiento de sus obligaciones como padre, lo que justificaría la privación de la patria potestad solicitada. Consideró que D. Paulino no había probado que ese comportamiento no fuera voluntario, pues, aunque alegaba denuncias de la madre del menor para dificultar el trato, no se encontraron indicios de dichas denuncias. Además, reparó en el hecho de que no constaba ninguna actuación del padre para aproximarse al menor, lo que le llevo a concluir que el alejamiento de D. Paulino respecto de su hijo menor Vitorino fue voluntario y libre.

Respecto a la desatención económica, tuvo en cuenta que, entre junio de 2007 y mayo de 2012, D. Paulino no contribuyó en absoluto a la alimentación de su hijo, y, desde entonces hasta diciembre de 2013, lo hizo de manera irregular, pagando menos cantidad de la acordada. Aunque desde enero de 2014 el cumplimiento se regularizó en lo esencial, destacó que los pagos efectuados no se hicieron conforme a lo dispuesto en las resoluciones judiciales.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso de casación la representación de D. Paulino, alegando dos motivos:

El primero de ellos se basa en la oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por incorrecta interpretación de lo dispuesto en el art. 170.1 del Código Civil en relación con el art. 154.2 del mismo cuerpo legal, con desconocimiento de la doctrina legal establecida por el alto Tribunal en las Sentencias de 12 de julio de 2004¹ y de 10 de febrero de 2012², conforme a la cual, el incumplimiento por parte del progenitor custodio de sus obligaciones para con su hijo no es motivo suficiente para privarle de la patria potestad, al ser esa privación una sanción que ha de ser interpretada de forma restrictiva.

El segundo motivo se basa en la infracción del art. 39.2 y 3 de la Constitución, en relación con los arts. 3.1 y 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconocen expresamente el derecho de todo niño a mantener el contacto con su padre y su madre; así como con el art. 2.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, por considerar que la Sentencia recurrida no primó en su decisión el interés superior del menor.

¹ Vid. 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371).

² Vid. STS 10 febrero 2012 (RJ 2012, 2041).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de mayo de 2019³, desestimó el recurso interpuesto por D. Paulino y confirmó la Sentencia dictada por Audiencia Provincial de Santander. Los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo son los que se recogen en el siguiente apartado.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El objeto principal del litigio consiste en determinar si la desatención económica y personal hacia su hijo menor por parte del progenitor no custodio constituye o no una causa para acordar la privación de la patria potestad.

En la Sentencia de 23 de mayo de 2019⁴, objeto de este comentario, el Tribunal Supremo comienza recordando su doctrina respecto a la privación de la patria potestad, que exige que los incumplimientos de los progenitores sean graves, reiterados⁵ e incluso peligrosos para el hijo menor⁶; y que dicha privación sea la medida más beneficiosa para este⁷.

En el supuesto enjuiciado, considera que el hecho de que no exista comunicación alguna entre el menor y su padre durante un periodo prolongado de tiempo y que, además, este no abone puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño sin causa justificada, supone un incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones inherentes a la patria potestad. Ello provoca que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad por parte del progenitor incumplidor.

COMENTARIO

I. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MENORES EN SUPUESTOS DE FALTA DE CONVIVENCIA DE LOS PROGENITORES.

Dispone el art. 39.3 de nuestra Carta Magna que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Como concreción de dicho principio constitucional, en lo que se refiere a la asistencia patrimonial, el art. 154.3.I del Código Civil incluye entre los deberes inherentes a la patria potestad el de alimentar a los hijos. No obstante, la obligación de prestar alimentos a los hijos menores no nace de la patria potestad, sino del hecho

3 Vid. STS 23 mayo 2019 (RJ 2019, 1975).

4 Vid. STS 23 mayo 2019 (RJ 2019, 1975).

5 Vid. STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

6 Vid. STS 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844).

7 Vid. STS 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

de la filiación⁸. Tanto es así, que los arts. 110 y 111.4 del Código Civil prevén expresamente que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores.

Cuando los hijos conviven con ambos progenitores, la obligación de alimentarlos se cumple a través de su contribución al levantamiento de las cargas familiares⁹. El problema surge cuando los progenitores no conviven. Al respecto, el art. 92.1 del Código Civil establece que la ruptura de la convivencia no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos, por lo que resulta necesario determinar la forma en la que cada uno de los progenitores contribuirá a partir de ese momento a la manutención de los hijos menores. Esta cuestión ha sido prevista por los arts. 90.1 d), 93 y 103.3 del Código Civil. También los ordenamientos autonómicos que han entrado a regular en materia de guarda y custodia se han preocupado de recoger la cuestión de los alimentos de los menores¹⁰.

En los supuestos en los que se establece un régimen de guarda y custodia exclusiva, lo habitual será que el progenitor custodio contribuya al mantenimiento de sus hijos menores satisfaciendo los gastos que conlleva tener a los hijos en su casa y en su compañía¹¹ y que el no custodio deba hacerlo a través del pago de una pensión de alimentos¹², tal y como sucede en el caso enjuiciado por la Sentencia objeto de este comentario.

- 8 Vid. BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014, p. 621; MECO TEBAR, F.: "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 175; y TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda: doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 60.
- 9 Vid. MARTÍN AZCANO, E. M.: "La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014, p. 75.
- 10 Vid. arts. 77.2 d) y 82 CDFA, arts. 233-1.1 d), 233-2.2 b), 233-4.1 y 233-10.3 Cc.Cat. y arts. 5.2 b) y 10 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 3 e) y f), 4.2 d) y 7 de la anulada Ley valenciana 5/2011.
- 11 Vid. STSJ Aragón 30 septiembre 2013 (RJ 2014, 1186) y SAP Albacete 15 enero 2018 (JUR 2018, 51514). Vid. también: SERRANO GARCÍA, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 35, 2014, p. 54; BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La reducción de la pensión de alimentos", cit., p. 623; y SOLÉ RESINA, J.: "La guarda y custodia tras la ruptura", en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (dir. por GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. y SOLÉ RESINA, J.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 139.
- 12 Vid. LÓPEZ ORDINALES, J. J.: "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A. M. y GARCÍA CRIADO, J. J.), Estudios de Derecho Judicial, 2007, núm. 147, p. 297; SERRANO GARCÍA, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación", cit., p. 54; y COSTAS RODAL, L.: "Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, p. 163.

II. LA OBLIGACIÓN DEL PROGENITOR NO CUSTODIO DE RELACIONARSE CON SUS HIJOS MENORES.

La falta de convivencia de una pareja con hijos, con la consiguiente atribución de la guarda y custodia de los menores a uno de los padres —o a ambos de forma alterna—, exige determinar el modo en el que el progenitor que no conviva con el menor pueda relacionarse con él, pues es la forma de garantizar que queden cubiertas sus necesidades afectivas y educacionales¹³. A este aspecto se le ha conocido tradicionalmente como derecho de visitas. Su base legal se encuentra en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el Código Civil. La primera reconoce en su art. 2.2 c) el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares y, en cuanto al Código Civil, regula el derecho de visitas en sus arts. 160.I —que recoge una enunciación general del derecho—, 161 —para los supuestos de acogimiento del menor—¹⁴, y 90.I a), 94.I y 103.I —referidos específicamente a los efectos comunes a los procedimientos derivados de crisis matrimonial—. Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, es habitual establecer una suerte de relación de género a especie entre dichos preceptos: mientras el art. 160.I contiene las reglas generales en cuya virtud el hijo tiene derecho a relacionarse con sus padres, los restantes aparecen más bien como una concreción del anterior¹⁵. Además, todos los ordenamientos autonómicos que han promulgado leyes sobre guarda y custodia se refieren también al derecho de visitas¹⁶.

Se trata de un derecho tanto del menor como del progenitor que no convive con él¹⁷, y su reconocimiento supone una concreción de los principios

- 13 Vid. DE LA TORRE LASO, J.: “Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situaciones de ruptura familiar”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 16, 2006, p. 68; DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: “Derecho de familia: Reglas generales y excepciones”, *Economist & Jurist*, núm. 135, 2009, p. 31; y ESCALONA LARA, J. M.: “La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014, p. 64.
- 14 Sobre el régimen de visitas del menor acogido vid. ampliamente: MARTÍNEZ CALVO, J.: “La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por MAYOR DEL HOYO, M. V.), Aranzadi Thomson Reuters, 2016, pp. 249-266.
- 15 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 203-204.
- 16 Vid. arts. 59 b), 60, 77.2 a), 79.2 a) y 80.I CDFV, arts. 233-I.1 a), 233-4.I, 233-9.2 y 236-4.I Cc.Cat., y arts. 5.2 a), 3, 9.6 y 11 Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: arts. 4.2 a) y 5.4 de la anulada Ley valenciana 5/2011.
- 17 El propio Tribunal Constitucional señala en su Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), que se trata “de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. Vid. también: BLANCO CARRASCO, M.: “Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores”, *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2008, p. 41; DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: “Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y alternativas”, en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M.C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 255; LATHROP GÓMEZ, F.: “Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas”, *La Ley*, núm. 7206, tomo 3, 2009, p. 2035; PÉREZ VALLEJO, A. M.: “Régimen de «visitas» del progenitor no custodio, Su incidencia en la relación abuelos-nietos”, en

de coparentalidad y corresponsabilidad parental. De hecho, constituye un presupuesto imprescindible para que el progenitor no conviviente con el menor pueda seguir cumpliendo las obligaciones inherentes a la patria potestad¹⁸ —y, en concreto, las que derivan del ámbito personal de la misma¹⁹—. Más aún, el menor tiene derecho a relacionarse incluso con aquel progenitor que no ejerce la patria potestad —art. 160.I Cc.—²⁰, ya que el derecho de visitas no nace de la patria potestad, sino de la existencia de una relación de filiación²¹.

En realidad, aunque nos refiramos a él como un derecho, lo cierto es que también se configura como un deber²². Además, se trata de un deber de carácter personalísimo, inalienable e imprescriptible²³. También constituye un correlativo deber para el progenitor que convive junto al menor²⁴, que está obligado a permitir —e incluso facilitar²⁵— el correcto desarrollo del mismo²⁶.

Obviamente, el hecho de que nos encontremos también ante un deber, hace que su inobservancia pueda dar lugar a consecuencias jurídicas, tal y como pasamos a ver en el siguiente apartado.

III. POSIBLES CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS Y PERSONALES CON EL MENOR.

AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M. C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 356; y CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno filiales”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 8, 2015, p. 2.

- 18 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, 2016, pp. 118 y ss.
- 19 Téngase en cuenta que la patria potestad engloba tres grandes ámbitos: el personal, el de la administración de los bienes del menor y el relativo a su representación (art. 154.3 Cc.). Pues bien, el derecho de visitas permite que el progenitor que no conviva junto al menor pueda seguir cumpliendo las obligaciones inherentes al ámbito personal de la patria potestad, y en concreto: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 20 La misma previsión recoge el Código del Derecho Foral de Aragón en su art. 59 b) y el Código Civil de Cataluña en su art. 236-4.1.
- 21 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., p. 90.
- 22 Vid. SAP Cantabria 3 marzo 2000 (AC 2000, 4659) y SAP Alicante 11 abril 2006 (JUR 2006, 186337). Vid. también: DE MARINO BORREGÓ, R.: “Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna en los procesos matrimoniales”, en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, 1ª ed., La Ley, 2003, p. 254; PÉREZ VALLEJO, A. M.: “Régimen de «visitas»”, cit., p. 356; DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: “Derecho de familia”, cit., p. 31; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Responsabilidad civil”, cit., p. 2; y ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 60 y 77 y ss.
- 23 Vid. DE MARINO BORREGÓ, R.: “Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna”, cit., p. 254; SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “El régimen de visitas de los progenitores”, *European Journal of Social Law*, núm. 16, 2012, p. 86; y ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 74 y ss.
- 24 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., p. 147.
- 25 Vid. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L.: “Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2013, p. 49.
- 26 El art. 60.2 del Código del Derecho Foral de Aragón llega a señalar expresamente que ninguno de los progenitores puede impedir el derecho del menor a relacionarse con el otro.

A continuación, vamos a ver las consecuencias que puede acarrear para el progenitor no custodio el incumplimiento de sus obligaciones económicas y personales con el menor, advirtiendo de que la adopción de una u otra medida dependerá de diversos factores: la reiteración, la gravedad del incumplimiento, la causa objetiva de dicho incumplimiento, si se trata de un incumplimiento total —por ejemplo, el progenitor no custodio no mantiene ningún tipo de relación con sus hijos menores o no abona cantidad alguna para su manutención— o parcial —retrasos en las recogidas o en las entregas, llevarlas a cabo en otro lugar distinto del establecido, pago de algunas mensualidades de la pensión de alimentos e impago de otras, etc.—²⁷.

Descendiendo ya a las medidas concretas que pueden adoptarse, en caso de incumplimiento por parte de cualquiera los progenitores de su obligación de prestar alimentos a sus hijos menores, el juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará las medidas cautelares que procedan —embargos, garantías, retenciones, etc.²⁸— para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo —art. 158.I.I Cc.—. También se prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas —art. 776.I Lec.—. Además, cabe señalar que, para paliar los problemas derivados del incumplimiento de la obligación de alimentos por una de las partes y garantizar que el menor tenga cubiertas sus necesidades, la Disposición adicional única de la Ley 15/2005 previó la creación de un “Fondo de garantía de pensiones”. En cumplimiento de dicha previsión, la Disposición adicional número cincuenta y tres de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, creó el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, cuyo funcionamiento se regula mediante el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, es cuestionable que sirva efectivamente para garantizar el pago de las pensiones alimenticias reconocidas, toda vez que la cuantía máxima de los anticipos es de cien euros mensuales y, además, se exigen unos complejos requisitos para percibirlos²⁹.

Así mismo, el incumplimiento de la obligación de alimentos constituye una causa de desheredación —art. 854.2 Cc.— y también puede dar lugar a un delito de abandono de familia, castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses —art. 227.I CP—. De hecho, en el caso que nos

27 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La ejecución forzosa de obligaciones de hacer”, cit., p. 106; LÓPEZ JARA, M.: “La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de visitas”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 3, 2014, p. 55; y ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., p. 253.

28 Vid. CLEMENTE MEORO, M. E.: “Las relaciones paterno-filiales (II)”, en AA.VV.: *Derecho de Familia* —(ed. por MONTÉS PENADES, V. L. y ROCA TRÍAS, E.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 469.

29 Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “Régimen común”, cit., p. 203.

ocupa, D. Paulino había sido condenado previamente por un delito de abandono de familia, precisamente por el impago de la pensión de alimentos establecida en favor de su hijo menor.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del régimen de visitas, se trata de una cuestión que no está prevista expresamente en nuestro Código Civil. No obstante, el art. 94.1 del Código Civil sí hace una referencia a la posibilidad de que el régimen de visitas sea excluido, limitado o suspendido por el juez cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen o cuando se incumplan grave o reiteradamente los deberes impuestos por este³⁰; y parece razonable entender que entre dichos incumplimientos se incluyen los del propio régimen de visitas.

Así mismo, la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en su art. 776 la posibilidad de que el régimen de guarda y custodia sea modificado como consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas. En realidad, pese a la dicción literal del precepto, que habla de incumplimientos tanto del guardador como del no guardador, se trata de una consecuencia pensada sobre todo para aquellos casos en los que es el progenitor custodio el que incumple el régimen de visitas (obstaculizando o impidiendo el correcto desarrollo del mismo). Sin embargo, también puede tener un cierto margen de aplicación en aquellos supuestos en los que el incumplidor es el progenitor no custodio: así, podría ampliarse la extensión del régimen de custodia, o, lo que es lo mismo, reducir el régimen de visitas del progenitor no custodio (no olvidemos que el régimen de visitas y el de guarda y custodia constituyen las dos caras de una misma moneda).

El requisito que exige el art. 776.3 Lec. para que pueda proceder la modificación es que se trate de un incumplimiento reiterado, y, ante la falta de precisión legal, parece que por incumplimiento reiterado cabe entender todo aquel que haya sucedido en más de una ocasión, por lo que se requieren al menos dos incumplimientos³¹.

Además, la solicitud de exclusión, limitación o suspensión del régimen de visitas o la de modificación del régimen de guarda y custodia no son las únicas medidas que pueden adoptarse ante el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, ya que es posible recurrir también a otras vías.

Por ejemplo, podría promoverse un procedimiento de ejecución forzosa — arts. 517 y ss. Lec.— ante el mismo tribunal que dictó las medidas definitivas

30 La misma previsión recoge el Código del Derecho Foral de Aragón en su art. 60.3, el Código Civil de Cataluña en su art. 236-5.1 y la Ley del País Vasco 7/2015 en su art. 11.2.

31 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores”, en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A.M. y GARCÍA CRIADO, J.J.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 147, 2007, p. 124.

—arts. 61 y 545.I Lec.— y así obtener el cumplimiento forzoso de la obligación. No obstante, creo que la ejecución forzosa debería reservarse para supuestos extremos, ya que es dudoso que dicha opción pueda resultar compatible con el interés superior del menor. Una posibilidad para evitar aplicar dicha medida podría ser acudir al régimen previsto en el art. 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las obligaciones de carácter personalísimo, pues, a mi modo de ver, no hay por qué descartar que el deber que atañe al progenitor no custodio de realizar las visitas fijadas en la resolución judicial o en el convenio judicialmente aprobado pueda ser calificado como una obligación de carácter personalísimo³². Ahora bien, para estos supuestos, el art. 776.2 de dicho texto legal establece que no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709. Sí cabe, sin embargo, la posibilidad de establecer multas coercitivas mensuales, que además podrán mantenerse más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto —art. 776.2 Lec—.

En cualquier caso, lo lógico será que la imposición de multas coercitivas sea complementaria al establecimiento de otras medidas, pues en caso contrario, el incumplidor podría pagar y seguir incumpliendo³³.

Por último, otra posibilidad que se abre tanto para los supuestos de impago de la pensión de alimentos como para los de incumplimiento del régimen de visitas es la de promover un procedimiento para la privación de la patria potestad al progenitor incumplidor —art. 170 Cc.—³⁴, una opción por la que se decanta el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario, y que paso a analizar en el siguiente apartado.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PERSONALES Y ECONÓMICAS COMO PRESUPUESTO PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Dice el art. 170 del Código Civil que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

Del tenor literal del precepto podemos extraer que el presupuesto para que proceda la privación de la patria potestad es el incumplimiento de los deberes que la conforman, y ya hemos visto que dentro de dichos deberes se incluyen tanto la obligación de alimentar a los menores como la de relacionarse con ellos (art. 154.3.I Cc.).

32 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “La ejecución forzosa de obligaciones de hacer”, cit., p. 90; y LÓPEZ JARA, M.: “La modificación en el proceso de ejecución”, cit., p. 65.

33 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 249 y 350.

34 Vid. ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio*, cit., pp. 256 y ss.

Ahora bien, no cualquier incumplimiento de dichos deberes va a dar lugar a la privación de la patria potestad. Hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una medida muy gravosa que en no pocas ocasiones puede resultar contraria al interés del menor³⁵. Por ello, el Tribunal Supremo ha reiterado que el art. 170 del Código Civil debe ser objeto de una interpretación restrictiva³⁶. De hecho, la privación de la patria potestad no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor³⁷.

Además, la jurisprudencia ha señalado que el objeto de esta medida no es sancionar al progenitor que incumple sus deberes, sino proteger el interés superior del menor³⁸. De acuerdo a ello, la privación de la patria potestad únicamente estaría justificada cuando se adopte en beneficio de los hijos, es decir, cuando resulte necesaria y conveniente para la adecuada protección de su interés superior³⁹.

Si atendemos a la casuística, observamos que en ocasiones nuestro Tribunal Supremo ha considerado que la despreocupación o alejamiento con el menor por parte de uno de los progenitores no constituye causa suficiente para privarle de la patria potestad⁴⁰. Sin embargo, en otros casos sí ha adoptado tal medida con base en la falta de relación del progenitor con sus hijos menores⁴¹, o como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones alimenticias⁴².

Como puede deducirse, se trata de una materia en la que el juez cuenta con una amplia facultad discrecional de apreciación, y así lo reconoce el Tribunal Supremo⁴³. Ahora bien, dicha discrecionalidad no es absoluta, pues se trata de una actividad reglada, en la medida en la que debe atender al interés superior del menor como criterio fundamental para la adopción de esta medida⁴⁴.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo, haciendo uso de la facultad discrecional a la que acabo de referirme, determina que los incumplimientos económicos y personales del progenitor no custodio revisten entidad suficiente para acordar la privación de la patria potestad, por concurrir en ellos las notas que

35 Vid. LÓPEZ JARA, M.: "La modificación en el proceso de ejecución", cit., p. 55.

36 Vid. 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371) y 10 febrero 2012 (RJ 2012, 2041).

37 Vid. STS 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371).

38 Vid. STS 24 abril 2000 (RJ 2000, 2982) y de 12 julio 2004 (RJ 2004, 4371).

39 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 401.

40 Vid. STS 9 julio 2002 (RJ 2002, 5905) y 2 julio 2004 (RJ 2004, 5333).

41 Vid. STS 23 febrero 1999 (RJ 1999, 1130) y 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

42 Vid. STS 11 octubre 2004 (RJ 2004, 6642).

43 Vid. STS 24 mayo 2000 (RJ 2000, 3941) STS 6 febrero 2012 (RJ 2012, 4522).

44 Vid. STS 10 febrero 2012 (RJ 2012, 2041) y 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

viene exigiendo la jurisprudencia para la adopción de dicha medida (gravedad y reiteración de los incumplimientos y riesgo para el menor a causa de los mismos⁴⁵) y resultar la opción más idónea para salvaguardar el interés superior del menor en el supuesto concreto.

Antes de concluir, creo que resulta obligado hacer una breve mención a la posible rehabilitación de la patria potestad, una opción que el Código Civil admite expresamente en su art. 170.2, exigiendo para ello que haya desaparecido la causa que motivó su privación. A ello parece hacer referencia también el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario cuando señala que la privación de la patria potestad se adopta “sin perjuicio de las previsiones que fuesen posibles de futuro, conforme a derecho”. Y es que, las propias exigencias del Derecho natural hacen que no sea deseable excluir de forma perpetua las relaciones entre el menor y uno de sus progenitores, salvo casos excepcionales —ej. adopción—.

Por ello, considero que no hubiera estado de más que la Sentencia hiciera referencia a la posibilidad de que el menor siga relacionándose con su progenitor, así como al modo en el que este último va a contribuir a los gastos de su hijo. Téngase en cuenta que se trata de deberes cuyo cumplimiento puede resultar exigible al progenitor también en supuestos en los que no existe patria potestad (arts. 110, 111.4 y 160.1 Cc.). Además, de este modo, si el progenitor privado de la patria potestad comienza a cumplir regularmente sus obligaciones económicas y personales con el menor, podría valorarse la posibilidad de abrir la puerta a una hipotética rehabilitación de la patria potestad.

45 Vid. STS 6 junio 2014 (RJ 2014, 2844) y 9 noviembre 2015 (RJ 2015, 5157).

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA SAN MARTÍN, M.: *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, 2016.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 742, 2014.

BLANCO CARRASCO, M.: "Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores", *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21, 2008.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno filiales", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 8, 2015.

CLEMENTE MEORO, M. E.: "Las relaciones paterno-filiales (II)", en AA.VV.: *Derecho de Familia* (ed. por MONTÉS PENADÉS, V. L. y ROCA TRÍAS, E.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

COSTAS RODAL, L.: "Custodia compartida y prestaciones alimenticias cuando hay desproporción en los ingresos de los progenitores", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A. M. y GARCÍA CRIADO, J. J.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 147, 2007.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A.: "Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y alternativas", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M.C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009.

DE LA TORRE LASO, J.: "Los puntos de encuentro familiar: un enfoque actual de intervención en situaciones de ruptura familiar", *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 16, 2006.

DE MARINO BORREGÓ, R.: "Autólogo sobre el contenido personal de la potestad paterna en los procesos matrimoniales", en AA.VV.: *Diez años de abogados de familia*, 1ª ed., La Ley, 2003.

DOMINGO MONFORTE, J., DE LA FUENTE RUBIO, P., OLIVER AZNAR, G. y UBEDA BAYO, A.: "Derecho de familia: Reglas generales y excepciones", *Economist & Jurist*, núm. 135, 2009.

ESCALONA LARA, J. M.: "La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014.

LATHROP GÓMEZ, F.: "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, núm. 7206, tomo 3, 2009.

LÓPEZ JARA, M.: "La modificación en el proceso de ejecución del régimen de guarda y custodia por incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de visitas", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 3, 2014.

LÓPEZ ORDINALES, J. J.: "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en AA.VV.: *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida* (dir. por SARAVIA GONZÁLEZ, A. M. y GARCÍA CRIADO, J. J.), Estudios de Derecho Judicial, núm. 147, 2007.

MARTÍN AZCANO, E. M.: "La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 1, 2014.

MARTÍNEZ CALVO, J.: "La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", en AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (dir. por MAYOR DEL HOYO, M.V.), Aranzadi Thomson Reuters, 2016.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M. L.: "Estudio sobre la obstaculización y privación del derecho de visita por el progenitor que ostenta la guarda del menor, al otro", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2013.

MECO TÉBAR, F.: "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: "La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* (coord. por MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.), 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.

PÉREZ VALLEJO, A.M.: "Régimen de «visitas» del progenitor no custodio, Su incidencia en la relación abuelos-nietos", en AA.VV.: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* (dir. por GARCÍA GARNICA, M.C.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: "El régimen de visitas de los progenitores", *European Journal of Social Law*, núm. 16, 2012.

SERRANO GARCÍA, J. A.: "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 35, 2014.

SOLÉ RESINA, J.: "La guarda y custodia tras la ruptura", en AA.VV.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres* (dir. por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. y SOLÉ RESINA, J.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

TENA PIAZUELO, I.: *La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda: doctrina y jurisprudencia*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.