

PATRIA POTESTAD: SUSPENSIÓN O LIMITACIÓN AL PROGENITOR RESIDENTE EN EL EXTRANJERO

EN BREVE

La suspensión del ejercicio de la patria potestad de los progenitores por variar su residencia al extranjero, o a otra ciudad lejos del domicilio habitual del menor, dependerá, como siempre en materia de menores, del interés superior de aquéllos.

A pesar de ser una cuestión que hoy en día resulta cada vez más común, la expatriación de trabajadores al extranjero por empresas nacionales y multinacionales, fruto de la globalización, no existe jurisprudencia concreta al respecto. Parecida problemática surge también en los matrimonios o uniones de personas de distinta nacionalidad, pues en ocasiones, con el divorcio, la separación o el fin de la relación, aparece el deseo del progenitor extranjero de regresar a su país de origen con el menor, lo que también puede dificultar a efectos prácticos el ejercicio de la patria potestad por el progenitor que reside en España.

SUMARIO

1. Introducción
2. Patria potestad. Concepto y alcance
3. Ejercicio de la patria potestad
4. Suspensión y limitación del ejercicio de la patria potestad
5. Referencia a la suspensión de la patria potestad en la regulación del Código Civil de Cataluña
6. Demanda de modificación de medidas paterno-filiales, solicitando la suspensión del ejercicio de la patria potestad por el progenitor no custodio y su atribución exclusiva al progenitor que ostenta la custodia



**GREGORIO
RIBER
ARRANZ**

SOCIO ÁREA
PROCESAL
DE AGM ABOGADOS



**MIQUEL
MORALES
SABALETE**

DIRECTOR ÁREA
CIVIL Y PROCESAL
DE AGM ABOGADOS

INTRODUCCIÓN

En cualquier caso, **la suspensión del ejercicio de dicha potestad deberá limitarse a aquellas funciones cuyo desempeño desde un lugar lejos del domicilio de residencia del niño, no puedan ejercerse con las garantías y agilidad requeridas.**



La referida limitación o suspensión dejará de tener sentido, y por lo tanto deberá ser rehabilitada, desde el momento en el que cesen los motivos que determinaron su adopción.

PATRIA POTESTAD. CONCEPTO Y ALCANCE

El concepto de patria potestad ha sido definido por nuestra doctrina como el **“conjunto de derechos, atribuciones y deberes que tienen los padres sobre los hijos no emancipados”**.

La determinación del contenido de esta institución obliga a partir del **artículo 39 de la Constitución Española**, que establece que: *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

Así nuestro Código Civil (CC, de ahora en adelante) lo que hace es regular el ejercicio de dichos deberes y derechos por parte de los progenitores, otorgando a la patria potestad un **marcado**

► LEGISLACIÓN www.globaleconomistjurist.com

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts.; 154 y siguientes, 170
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (Legislación. Marginal: 110498). Arts.; 236-2, 236-3.1, 236-10
- Constitución Española de 1978. (Legislación. Marginal: 69726834). Art.; 39.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 69730124). Art.; 39.3
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (Legislación. Marginal: 69377228)

carácter bidireccional, conceptuándolo como un **derecho-deber**; por ello, en el especial interés del menor, el legislador y los tribunales de justicia abordan y examinan con mucha cautela cualquier

JURISPRUDENCIA www.globaleconomistjurist.com

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de septiembre de 2018, núm. 719/2018, Nº Rec. 827/2018 (Marginal: 70871580)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de fecha 31 de mayo de 2018, núm. 239/2018, Nº Rec. 777/2017 (Marginal: 70873691)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 11 de diciembre de 2017, núm. 1066/2017, Nº Rec. 981/2017 (Marginal: 70873690)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2015, núm. 621/2015, Nº Rec. 1754/2014 (Marginal: 69573674)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 2014, núm. 315/2014, Nº Rec. 718/2012 (Marginal: 2455392)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de octubre de 2007, núm. 501/2007, Nº Rec. 701/2006 (Marginal: 146636)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2000, núm. 415/2000, Nº Rec. 995/1995 (Marginal: 79873692)

posible supuesto de privación o suspensión de la patria potestad.

El **cuidado**, la **educación** y la **formación integral de los hijos** comporta el conjunto de deberes y derechos acogidos por tan importante institución, y su ejercicio debe ser asumido y respetado por ambos progenitores en igual medida, ya sea ejerciendo esa potestad de forma conjunta, ya sea delegando expresamente en el otro de forma total o parcial su ejercicio, siempre que las circunstancias y el bien del menor así lo aconsejen.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Los artículos 154 y siguientes del CC establecen cómo y por quién debe ser ejercida la patria potestad, y algo muy importante, quiénes están sometidos a la misma.

Pero, ¿cómo debe ejercerse la patria potestad sobre los hijos no emancipados?

Tal y como establece el artículo **156**, la **patria potestad “se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el expreso consentimiento del otro”**.

El párrafo primero del referido artículo, en su parte final establece que **“serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”**. Y es aquí donde nos surgen las dudas en cuanto al ejercicio de dicha potestad cuando los progenitores están separados, divorciados o en definitiva no conviven juntos. ¿Cómo se ejerce la potestad en esos casos?

Doctrina y jurisprudencia no albergan dudas al respeto en situaciones normales, pues la patria potestad será ejercida por ambos progenitores. Sin embargo, hay determinadas circunstancias en las que su ejercicio no es tan claro ni tan fácil. Actualmente se dan situaciones tan comunes como la **“expatriación” de los trabajadores por sus empresas a otras ciudades o países**, lo que sin duda dificulta al progenitor expatriado el ejercicio de determinadas funciones inherentes a la patria potestad.

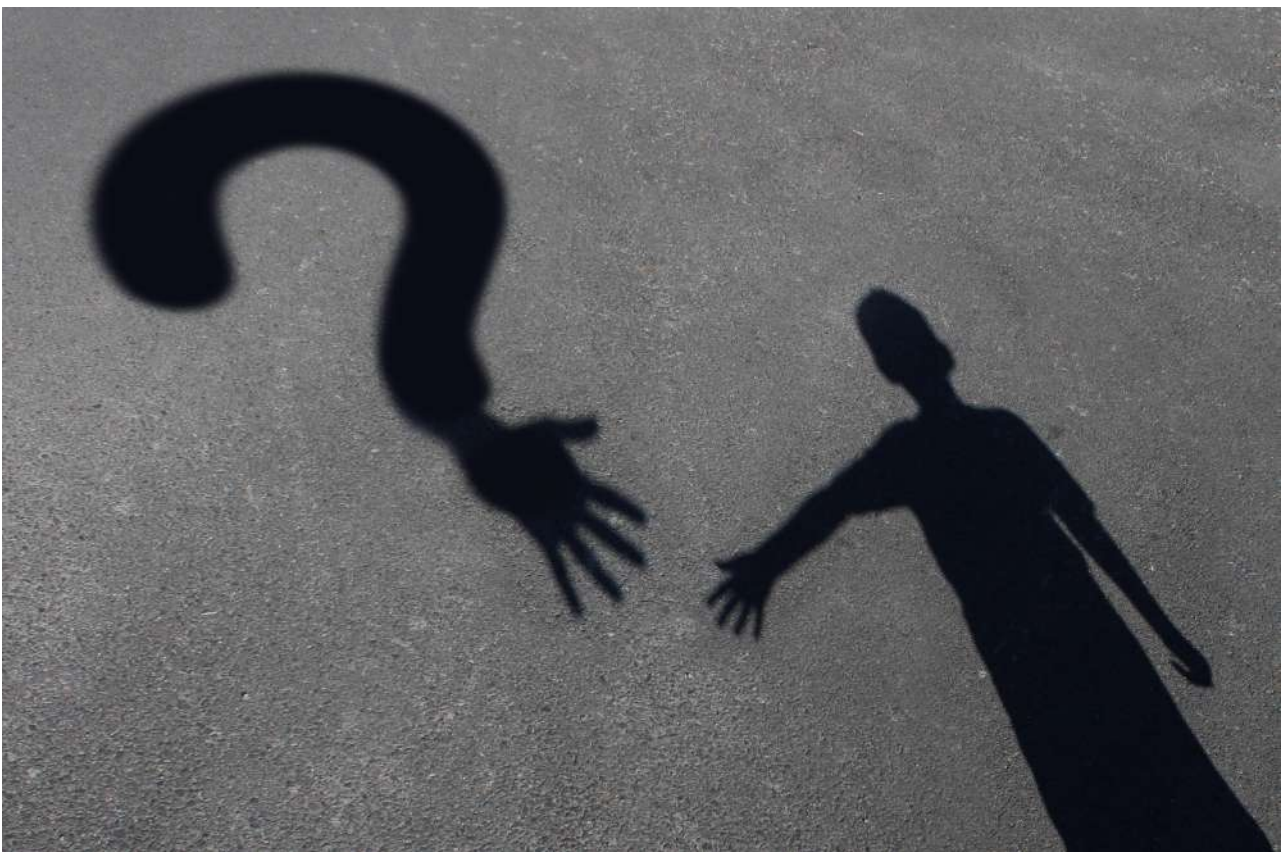


Esta problemática no ha sido abordada de forma directa por nuestros tribunales, ni existe, por tanto, una postura clara y unánime al respecto. Somos por ello los profesionales del derecho, los que debemos, con ayuda de los padres, tratar de establecer, en pos del bien familiar y sobre todo del menor, la forma más lógica y plausible del ejercicio de dicha potestad.

El artículo 156, **párrafo primero “in fine” del CC nos permite no sólo pactar el ejercicio individual de dicha potestad con el consentimiento expreso del otro cónyuge, sino realizar actos inherentes a dicha figura cuando las circunstancias así lo requieran.** Pero, es más, el mismo artículo 156 en su párrafo final aclara aún más la cuestión, *“si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél 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.* Ello, no quiere decir que el ejercicio de la patria potestad por el progenitor “no custodio” se vea

suspendido o limitado de manera automática, sino que **determinados actos o decisiones inherentes a dicho ejercicio deberán ser asumidos por el progenitor con quien en ese momento conviva el menor**, por puro sentido común. Una cosa es ostentar la patria potestad y otra distinta es el ejercicio de sus funciones en cada momento.

“LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DEBE LIMITARSE A AQUELLAS FUNCIONES CUYO DESEMPEÑO DESDE UN LUGAR LEJOS DEL DOMICILIO DE RESIDENCIA DEL NIÑO, NO PUEDAN EJERCERSE CON LAS GARANTÍAS Y AGILIDAD REQUERIDAS”



SUSPENSIÓN Y LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La propia regulación que hace el legislador de los efectos comunes de la nulidad, separación o divorcio, viene a constatar que la función relativa a los hijos de “tenerlos en su compañía” se ve afectada sustancialmente por el proceso, ya que dicha función puede desdoblarse en dos nuevas: la “guarda y custodia” para uno de los progenitores y el “régimen de visitas, comunicaciones y estancias” con el otro.

“ACTUALMENTE SE DAN SITUACIONES TAN COMUNES COMO LA EXPATRIACIÓN DE LOS TRABAJADORES POR SUS EMPRESAS A OTRAS CIUDADES O PAÍSES, LO QUE SIN DUDA DIFICULTA AL PROGENITOR EXPATRIADO EL EJERCICIO DE DETERMINADAS FUNCIONES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD”

Por lo demás, el resto de funciones inherentes a la patria potestad reguladas en el artículo 154 del CC (alimentos, convivencia, educación y formación), no sufre modificaciones importantes, pues el cambio de la convivencia cotidiana con los hijos puede producir ciertas dificultades para “velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral”, pero ambos progenitores deberán, adaptándose a la nueva realidad, seguir cumpliendo con sus deberes paterno filiales.

Por todo ello, **siempre que no se aprecie la existencia de “causa justa” para privar a uno de los progenitores de la patria potestad, la sentencia de separación o divorcio acordará el mantenimiento de su ejercicio conjunto. Por lo tanto, todas las decisiones de trascendencia que afecten a los hijos deberán ser tomadas de**

común acuerdo por ambos progenitores y, en caso de discrepancias entre las partes sobre alguna cuestión, las partes podrán acudir al Juez quien, en aplicación del referido artículo 156 del CC, atribuirá a uno de los progenitores la decisión sobre la cuestión planteada.

Puede darse el caso de que la crisis matrimonial u otra causa aconsejen que el fallo judicial determine qué decisiones pueden adoptarse por uno de los progenitores sin necesidad de aprobación del otro. Estaríamos en el caso de un **ejercicio parcial de la patria potestad**. Esta medida siempre debe partir de la petición de alguna de las partes, amparada en alguna situación que de por sí justifique la existencia de dificultades para un ejercicio conjunto; eso sí, afectante sólo a alguna cuestión puntual (tales como el hecho de estar afectado algún progenitor por un tipo de enfermedad que imposibilite la toma de decisiones, la drogadicción, **la estancia fuera del país**, el ingreso en prisión etc.).

Consecuentemente, ante la existencia de alguna situación concreta, **en la demanda, la reconvencción, o en la contestación, podrá solicitarse que parte de las funciones inherentes a la patria potestad se atribuyan en exclusiva a uno de los cónyuges**. En tal sentido podría hablarse de la existencia de dos tipos de ejercicio: **uno de carácter específico que se ejercería de forma exclusiva por el progenitor que tuviera la guarda y custodia, y una patria potestad general cuya titularidad correspondería a ambos cónyuges, incluyendo la función de administrar los bienes y la representación personal del menor**.

El artículo 170 del CC recoge las causas de privación de la patria potestad, a cuyo tenor los progenitores 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.

El artículo 39.2 y 3 de la Constitución, al que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 determina que **todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño**.

La **jurisprudencia** referida a esta materia es muy restrictiva a la hora de retirar o suspender el ejercicio de la patria potestad a cualquiera de los progenitores, fundamentándola en todo caso en la existencia de causas graves (por ejemplo: condenas por delitos en el ámbito familiar, abandono absoluto de las obligaciones paternofiliales ...), acreditadas sin ningún género de dudas, y siempre y cuando la no retirada total o parcial de su ejercicio resulte claramente perjudicial para el menor, o su retirada comporte un beneficio claro y manifiesto para el mismo.

Podemos citar las siguientes sentencias: Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 621/2015, de 9 noviembre; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 315/2014, de 6 junio; y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), núm. 719/2018, de 26 septiembre.

REFERENCIA A LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

- a. **Marco normativo:** En Cataluña, el marco regulatorio de la patria potestad se encuentra en el Capítulo VI del Título III del **Libro II del Código Civil de Cataluña** (de la persona y de la familia), sin olvidar la Constitución (art. 39.3), la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, como marco estatal, europeo e internacional básico regulador de los derechos de los menores

Especial mención debe hacerse aquí al art. 236-2. del CC de Cataluña en tanto que establece que. ***La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo.***

- b. Los supuestos de suspensión de la patria potestad en la regulación catalana: Como sucede en la regulación del Código Civil común, **el CC de Cataluña tampoco regula de modo expreso el caso concreto de la suspensión de la patria potestad**

“EN INTERÉS DEL MENOR, EL LEGISLADOR Y LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA ABORDAN Y EXAMINAN CON MUCHA CAUTELA CUALQUIER POSIBLE SUPUESTO DE PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD”



del progenitor que, por el motivo que fuere, haya trasladado su residencia lejos de lugar de residencia del menor.

No se detalla un listado, cerrado o abierto, de supuestos, en los que la autoridad judicial deba acordar la privación o la suspensión de la patria potestad. El legislador, con buen criterio, establece -art. 236-3.1- que *“La autoridad judicial, en cualquier momento, puede adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial a los hijos en potestad”*.

Por otra parte, el art. 236-10 establece que *“La potestad parental es ejercida exclusivamente por uno de los progenitores en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro, salvo que la sentencia de incapacidad establezca otra cosa, y en el caso que la autoridad judicial lo disponga en interés de los hijos”*, artículo que puede servir de base para reforzar una decisión judicial de privación temporal o suspensión de la patria potestad en el caso de ausencia de uno de los progenitores, por el motivo que fuere, incluida la ausencia “voluntaria”, como puede ser el caso de marcha al extranjero, siempre que ello implique un

desentendimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, esto es, dicha medida sólo podrá adoptarse en interés de los hijos.

- c. La suspensión de la patria potestad y la doctrina judicial de los juzgados y tribunales de Cataluña: No existiendo un “listado” de supuestos, será el juzgador quien deberá valorar en cada supuesto el cumplimiento o el incumplimiento de los **deberes inexcusables** asociados al ejercicio de la patria potestad para, **en interés de los hijos, facilitar su pleno desarrollo** y decidir si el incumplimiento de aquellos deberes reúne en el caso concreto la gravedad y relevancia necesaria en interés del menor para adoptar tal decisión.

Podemos citar las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 501/2007, de 19 de octubre, Sec. 18ª; Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, núm. 239/2018, de 31 de mayo, Sec. 2ª; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 1066/2017, de 11 de diciembre, Sec. 12ª. ■

DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS PATERNO-FILIALES, SOLICITANDO LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO Y SU ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA AL PROGENITOR QUE OSTENTA LA CUSTODIA

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO ... DE

Dª/D Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Dª/D, según acredito con la copia de copia electrónica del poder notarial de representación informática (o digitalizada) que se acompaña, comparezco ante este Juzgado y DIGO:

Que en la representación que ostento, y con la asistencia del Letrado Dª./D , del Ilustre Colegio de Abogados de, formulo demanda de modificación de medidas definitivas decretadas por ese Juzgado en Sentencia de fecha, en procedimiento de divorcio núm., frente a D./Dª , con domicilio en, calle, nº, pta., en base al artículo 775 de la LEC, en relación con los artículos 91, 92, 154, 156, 170 y concordantes del Código Civil, y ello en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- Don y Doña formularon demanda de divorcio de mutuo acuerdo que correspondió al Juzgado al que me dirijo y que se siguió como procedimiento núm./

El mencionado procedimiento finalizó por sentencia en la que se decretó la disolución por divorcio del matrimonio y se homologaron las medidas propuestas en el convenio regulador aportado por los solicitantes.

Adjunto aportamos como **documento núm. 1** copia testimoniada de la citada sentencia.

En concreto, entre otras medidas, se acordó la atribución del ejercicio de la Patria Potestad a ambos cónyuges en común: *[transcribir lo que al respecto establece la sentencia o bien lo recogido sobre ello en el convenio regulador]* Ej:

Los menores continuarán bajo la patria potestad de ambos progenitores, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de los mismos, obligándose los comparecientes a adoptar de común acuerdo cuantas decisiones de trascendencia puedan afectarles, especialmente las relativas a la salud, entorno y educación. En caso de discrepancia, las partes someterán la controversia a la autoridad judicial.

Quedan excluidas de este pacto aquellas determinaciones cuya urgencia no permita la consulta al otro progenitor, que serán adoptadas por aquél con quien se encuentren los menores en ese momento, y que deberán ponerse en conocimiento de otro progenitor a la mayor brevedad posible.

También quedan excluidas las decisiones referentes a los actos cotidianos de trascendencia de los menores, respecto de los cuales el progenitor con quién se encuentren en ese momento no necesitará consultar con el otro.

SEGUNDO.- El pasado de de 2018 (hace más de seis meses) el progenitor no custodio se ha desplazado, por motivos laborales a la ciudad de Londres, donde ha establecido su residencia habitual.

Desde esa fecha, dicho progenitor ha dejado de tener contacto alguno con sus hijos, desatendiendo sus obligaciones paterno-filiales, salvo las referidas al abono mensual de la pensión de alimentos.

[Descripción de todas aquellas circunstancias que comporten la desatención por parte del progenitor de sus obligaciones paterno-filiales].

TERCERO.- La pretensión de esta representación se funda en la absoluta desatención del progenitor no custodio de sus obligaciones paterno-filiales como la de estar presente en la vida diaria de sus hijos, situación que hace inviable la toma de decisiones conjuntas para el ejercicio de la potestad en materias como obtención de documentación, decisiones escolares o de carácter médico, etc.

Ello es perjudicial para el interés de los menores hasta el punto que el pasado *[exponer posibles problemas habidos del desentendimiento del demandado/a ante el desentendimiento de sus obligaciones paterno-filiales].*

Mi representado/a ha intentado, sin éxito, que el/la demandado/a atendiera a sus obligaciones mediante numerosas comunicaciones telefónicas y vía WhatsApp. Así, el pasado día

A pesar de ello, el/la demandado/a ha hecho caso omiso de todos estos requerimientos en perjuicio de sus hijos.

La consecuencia de lo anterior, atendiendo al beneficio de los menores es apreciar que en este caso procede **suspender las funciones de la patria potestad** que legalmente corresponden en común al padre y a la madre, y encomendar su ejercicio exclusivo al progenitor custodio, con el que conviven, que ostentará la plena representación de aquéllos para todos sus actos, y podrá suplir la capacidad de los mismos respecto a las materias que se precisen, con plenas facultades.

Si bien es cierto que la doctrina judicial tiene establecido que la posibilidad de suspensión o limitación de la patria potestad en cuestión que debe ser objeto de interpretación restrictiva, y por ello, para que pueda tener acogida, debe aparecer plenamente probado que el progenitor a quien se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma en el presente caso:

- a. El incumplimiento denunciado es grave y reiterado....
- b. El padre ha incumplido flagrantemente los deberes inherentes a la patria potestad habida cuenta que...

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- I. **COMPETENCIA.** Es competente el Juzgado al que me dirijo al solicitarse la modificación de una de las medidas adoptadas en el procedimiento de divorcio seguido ante el mismo, al amparo del art. 769 de la LEC.
- II. **PROCEDIMIENTO.** Deberá seguirse la demanda, al amparo del artículo 775 de la LEC, por los cauces del juicio verbal, con las especialidades previstas en el artículo 770 de la LEC.
- III. **LEGITIMACIÓN.** Está legitimada activamente mi mandante, y pasivamente el demandado, debiendo ser parte el Ministerio fiscal al haber hijos menores de edad.
- IV. **FONDO DEL ASUNTO.** El artículo 91 del Código Civil prevé que las medidas definitivas adoptadas en el procedimiento de divorcio podrán ser modificadas por el Juzgador, si se produce una variación sustancial de las circunstancias que llevaron a la adopción de las mismas.

Asimismo, el art. 92 CC establece, en relación a las obligaciones de los progenitores que *“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”*.

El artículo 39 de la Constitución Española, que establece que: *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera y dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*.

Serán de aplicación los artículos 154 y siguientes del Código Civil que regulan el ejercicio de la Patria Potestad y las obligaciones paterno-filiales inherentes a la misma, fundamentalmente, **“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”**.

De conformidad con el artículo 170 del Código Civil y ante el incumplimiento sistemático por parte del progenitor no custodio de los deberes inherentes a la patria potestad, el ejercicio de la misma por parte de éste debe quedar en suspenso y se debe atribuir su ejercicio en exclusiva al progenitor con el que conviven los menores, ya que lo contrario comportaría un claro y grave perjuicio para los intereses de los menores.

Es de aplicación también la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, de 20 de Noviembre de 1989, ratificado por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, como marco estatal, europeo e internacional básico regulador de los derechos de los menores, en tanto en cuanto la medida cuya adopción se pretende resulta sin duda mucho más beneficiosa para el bienestar y óptimo desarrollo de los menores.

JURISPRUDENCIA

Sentencia núm. 621/2015, de 9 noviembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª); Sentencia núm. 315/2014, de 6 junio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª); y Sentencia núm. 719/2018, de 26 septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª.

Especialmente ilustrativa resulta la Sentencia número 1066/2017 de 11 de diciembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª (Ponente: Doña Maria Isabel Tomas García) por abordar precisamente un supuesto de (posible) marcha del padre al extranjero con total desentendimiento de sus deberes inherentes a la potestad sobre el menor, en perjuicio de éste; sentencia en la que se aplica el CC de Cataluña, que regula de forma muy análoga este tipo de supuestos al Código Civil común:

“La recurrente motiva su recurso en la falta de interés del padre por el hijo habiendo sido la madre quien se ha hecho cargo del menor en exclusiva desde que se produjo la ruptura- el propio padre reconoció en el interrogatorio que no abonaba las pensiones de alimentos. Asimismo, pone de relieve las manifestaciones realizadas por el Sr. en el interrogatorio de marcharse de Barcelona o incluso a otro país lo que impediría la toma de decisiones importantes en la vida del menor, la expedición de documentación o de autorizaciones escolares y obligaría a tener que recurrir a la justicia nuevamente.

La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo (art. 236.2 Código Civil de Cataluña) y no procede mantenerla cuando no se ejerce en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma (STS de 9 de noviembre de 2015).

NO estamos en este caso ante la medida prevista en el artículo 236.6 CCCat de privación de la potestad parental que ha de acordarse de forma restrictiva cuando se han incumplido grave y reiteradamente los deberes que la conforman.

Sin embargo, sí estamos ante el caso previsto en el artículo 236-10 CCCat en el que se establece la posibilidad de que la potestad parental sea ejercida en exclusiva por uno de los progenitores en situaciones de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro y en caso de que la autoridad judicial lo disponga en interés de los hijos.

Del examen de la prueba practicada, en especial de los interrogatorios de las partes se desprende que el SR. tras la pérdida de su negocio tiene la voluntad firme de ausentarse de esta población bien para ir al extranjero o bien para irse como él dijo “al la otra punta de España”. Sus manifestaciones en el acto de la vista son claras: “De momento resido en Barcelona, pero me voy para siempre. No se aún, no sé dónde voy; me voy a otro país” “Puedo marcharme a otro país o a la otra punta de España para volver a empezar”.

Sus intenciones por tanto no son las de estar presente en la vida diaria de su hijo y esta situación hace inviable la toma de decisiones conjuntas para el ejercicio de la potestad en materias como obtención de documentación, decisiones escolares o de carácter médico.

La consecuencia de lo anterior, atendiendo al beneficio del menor es apreciar que en este caso procede suspender las funciones de la patria potestad que legalmente corresponden en común al padre y a la madre, y encomendar su ejercicio exclusivo a la madre, que ostentará la plena representación del menor para todos sus actos, y podrá suplir la capacidad del mismo respecto a las materias que se precisen, con plenas facultades.

Lo anterior se establece sin perjuicio de que, tal como establece el artículo 236-7 del CCCat, en su segundo párrafo, puedan en el futuro ser recuperadas por el padre tales funciones, en beneficio del hijo, en el caso de que, previamente, acredite que puede garantizar el cumplimiento de las responsabilidades derivadas del vínculo parental.

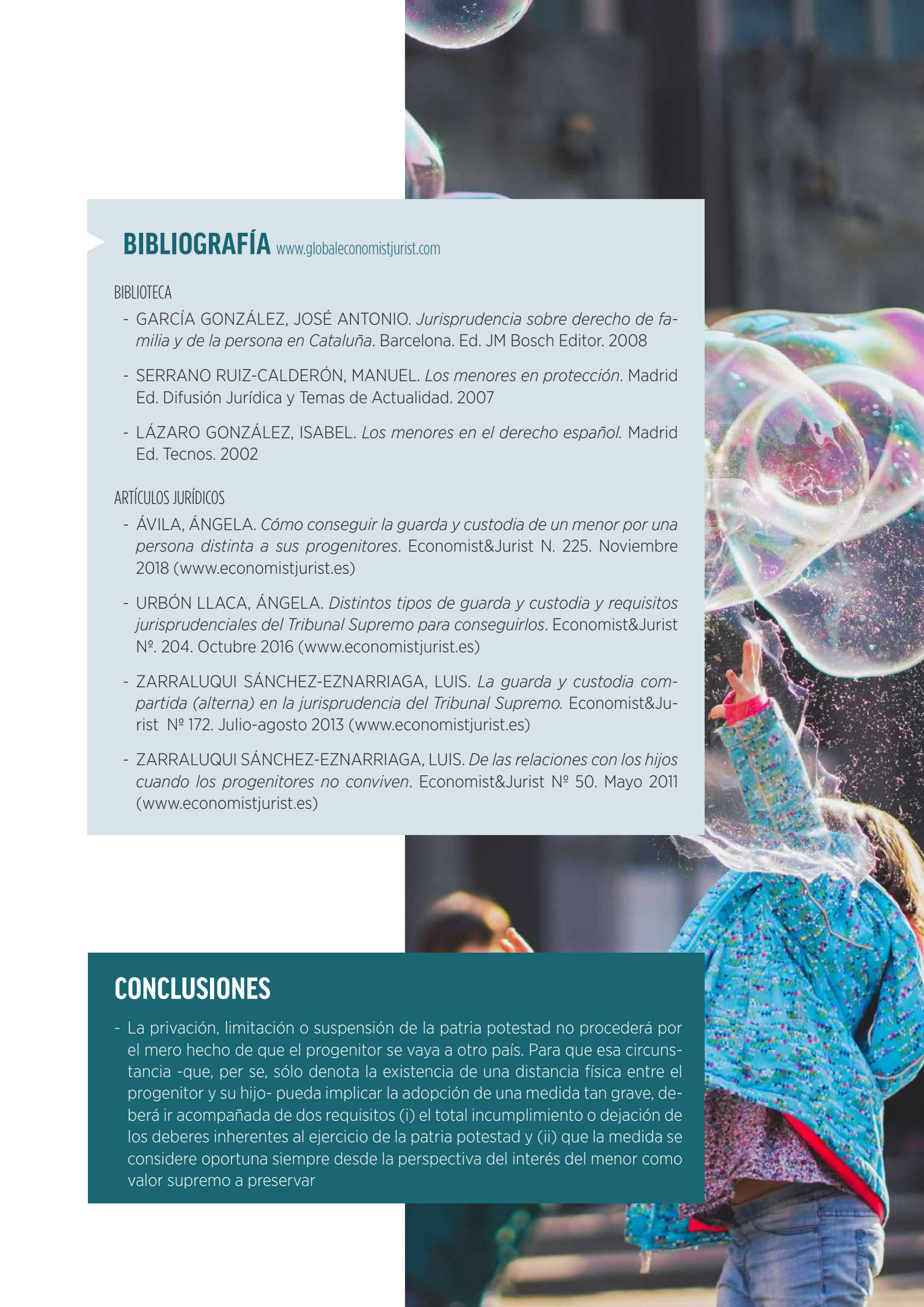
En su virtud y por cuanto antecede,

SUPlico AL JUZGADO tenga por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan, lo admita, me tenga por parte en la representación que otorgada por D./D^a asumo, entendiéndose conmigo las sucesivas actuaciones, y previo traslado de la demanda al demandado y al Ministerio fiscal, y celebración de juicio verbal, se dicte sentencia por la que se modifique la medida relativa a la Patria Potestad, dejando en suspenso su ejercicio por parte del progenitor no custodio, D./D^a, atribuyendo el mismo con carácter exclusivo al progenitor que ostenta la custodia y con el que conviven los menores, en cuanto a las siguientes facultades inherentes al ejercicio de dicha patria potestad: a....., b....., c..... sin perjuicio de la obligación del / de la demandado/a de seguir prestando alimentos a los menores.

Es Justicia que pido en, a de de 2019

Firma y número del Letrado

Firma del Procurador



BIBLIOGRAFÍA www.globaleconomistjurist.com

BIBLIOTECA

- GARCÍA GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO. *Jurisprudencia sobre derecho de familia y de la persona en Cataluña*. Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2008
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, MANUEL. *Los menores en protección*. Madrid Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. 2007
- LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL. *Los menores en el derecho español*. Madrid Ed. Tecnos. 2002

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ÁVILA, ÁNGELA. *Cómo conseguir la guarda y custodia de un menor por una persona distinta a sus progenitores*. Economist&Jurist N. 225. Noviembre 2018 (www.economistjurist.es)
- URBÓN LLACA, ÁNGELA. *Distintos tipos de guarda y custodia y requisitos jurisprudenciales del Tribunal Supremo para conseguirlos*. Economist&Jurist N.º. 204. Octubre 2016 (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Economist&Jurist N.º 172. Julio-agosto 2013 (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *De las relaciones con los hijos cuando los progenitores no conviven*. Economist&Jurist N.º 50. Mayo 2011 (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- La privación, limitación o suspensión de la patria potestad no procederá por el mero hecho de que el progenitor se vaya a otro país. Para que esa circunstancia -que, per se, sólo denota la existencia de una distancia física entre el progenitor y su hijo- pueda implicar la adopción de una medida tan grave, deberá ir acompañada de dos requisitos (i) el total incumplimiento o dejación de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad y (ii) que la medida se considere oportuna siempre desde la perspectiva del interés del menor como valor supremo a preservar