

**MEMENTO EXPERTO**  
FRANCIS LEFEBVRE



Actualizado a 22 de junio de 2015

Es una obra realizada por iniciativa  
y bajo la coordinación  
de la Redacción de  
**Francis Lefebvre**  
sobre la base de un estudio técnico  
cedido a la editorial por

**TERESA HUALDE MANSO**

*Prof. Titular Derecho Civil. Acreditada Cuerpo Catedráticos  
Departamento de Derecho Privado. Universidad Pública de Navarra*

© Francis Lefebvre  
Lefebvre-El Derecho, S. A.  
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01  
[www.efl.es](http://www.efl.es)  
Precio: 36,40 € (IVA incluido)  
ISBN: 978-84-16268-55-9  
Depósito legal: M-22008-2015  
Impreso en España  
por Printing'94  
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Plan general

nº marginal

## PARTE I. FAMILIA

Capítulo 1.	Patria potestad. ....	120
Capítulo 2.	Filiación. ....	240
Capítulo 3.	Parientes mayores. ....	400
Capítulo 4.	Parejas estables. ....	450
Capítulo 5.	Régimen económico del matrimonio y de la familia. ....	500

## PARTE II. SUCESIONES

Capítulo 1.	Principios fundamentales de donaciones y sucesiones. ....	1120
Capítulo 2.	Donaciones <i>mortis causa</i> . ....	1170
Capítulo 3.	Pactos sucesorios. ....	1220
Capítulo 4.	Testamento. ....	1320
Capítulo 5.	Testamento de hermandad. ....	1380
Capítulo 6.	Nulidad e ineficacia de las disposiciones <i>mortis causa</i> . ....	1480
Capítulo 7.	Institución de heredero. ....	1530
Capítulo 8.	Sustituciones. ....	1570
Capítulo 9.	Legados. ....	1640
Capítulo 10.	Limitaciones a la libertad de disponer. ....	1710
Capítulo 11.	Herederos de confianza. ....	1940
Capítulo 12.	Fiduciarios-comisarios. ....	1970
Capítulo 13.	Albaceas. ....	2020
Capítulo 14.	Sucesión legal. ....	2060
Capítulo 15.	Derecho de representación y derecho de acrecer. ....	2140
Capítulo 16.	Adquisición y renuncia a la herencia y otras liberalidades. ....	2170
Capítulo 17.	Petición, cesión y partición de la herencia. ....	2240

# Abreviaturas

<b>art.</b>	artículo
<b>AN</b>	Audiencia Nacional
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>AT</b>	Audiencia Territorial
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCAA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CCom</b>	Código de Comercio
<b>Circ</b>	Circular
<b>Const</b>	Constitución española
<b>D</b>	Decreto
<b>DF</b>	Decreto Foral
<b>DGRN</b>	Dirección General de Registros y Notariado
<b>DL</b>	Decreto-ley
<b>disp.adic.</b>	disposición adicional
<b>disp.final</b>	disposición final
<b>disp.derog.</b>	disposición derogatoria
<b>disp.trans.</b>	disposición transitoria
<b>L</b>	Ley
<b>LCon</b>	Ley concursal (L 22/2003)
<b>LEC</b>	Ley de enjuiciamiento civil (L 1/2000)
<b>LEC/1881</b>	Ley de enjuiciamiento civil (L 3-2-1881)
<b>LF</b>	Ley foral
<b>LH</b>	Ley hipotecaria (L 8-2-1946)
<b>LO</b>	Ley orgánica
<b>LRC</b>	Ley del Registro Civil (L 8-6-1957)
<b>LRJPAC</b>	Ley de régimen jurídico y procedimiento administrativo común (L 30/1992)
<b>NF</b>	Norma foral
<b>OM</b>	Orden ministerial
<b>RD</b>	Real decreto
<b>RDL</b>	Real decreto ley
<b>RDLeg</b>	Real decreto legislativo
<b>Redacc</b>	redacción
<b>Rec</b>	Recurso
<b>Resol</b>	Resolución
<b>RH</b>	Reglamento hipotecario (D 14-2-1947)
<b>RN</b>	Reglamento notarial (D 2-6-1944)
<b>RRC</b>	Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (D 14-11-1958)
<b>TCo</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>TSJ</b>	Tribunal Superior de Justicia



Capítulo 1. Patria potestad.....	120	<b>100</b>
Capítulo 2. Filiación.....	240	
Capítulo 3. Parientes mayores.....	400	
Capítulo 4. Parejas estables.....	450	
Capítulo 5. Régimen económico del matrimonio y de la familia.....	500	

## CAPÍTULO 1

## Patria potestad

A. Titularidad.....	133	<b>120</b>
B. Personas sobre las que recae .....	145	
C. Contenido.....	148	
D. Ejercicio .....	187	
E. Extinción y privación .....	208	
F. Prórroga y rehabilitación .....	220	

Bajo la rúbrica «De la patria potestad y de la filiación» (L 1/1973 leyes 63 a 72) se regulan esas dos materias, según la redacción que a esos preceptos dio la LF Navarra 5/1987. En esa regulación el ordenamiento navarro ha tendido hacia la **complitud y exhaustividad**, notas que se observan de manera intensa en materia de filiación. Esa misma tendencia hacia el diseño de un régimen propio y cerrado se observa también en la LF Navarra 3/2011, sobre custodia de los hijos en casos de ruptura de la convivencia de los padres, norma que afecta específicamente a la patria potestad y a su ejercicio.

Aunque el Fuero Nuevo (L /1/1973) carece de una definición legal de la patria potestad, puede decirse que de la regulación de la figura se deduce una concepción de la misma como función o potestad atribuida a los padres con carácter indisponible e irrenunciable y como medio para hacer efectivo el cuidado y capacitación de los hijos. La **finalidad tuitiva** de la patria potestad hace que el ordenamiento invista a sus titulares de un conjunto de facultades y deberes, tanto en el ámbito personal como patrimonial con relación a los hijos sometidos a ella y como medio para obtener su beneficio y satisfacer su interés en el orden material y espiritual.

## A. Titularidad

**Titularidad conjunta** (L 1/1973 ley 63) Con carácter general, la titularidad de la patria potestad corresponde a **ambos progenitores**, como efecto inmediato de la filiación e independientemente de la existencia de vínculo matrimonial entre ellos. **133**

Esa atribución conjunta al padre y a la madre implica el reconocimiento a ambos, en plano de igualdad, de poderes decisorios en lo concerniente a los hijos comunes y en todos los ámbitos a que aquélla se extiende.

La **separación, divorcio**, declaración de **nulidad** del matrimonio de los padres o la **ruptura de la pareja**, no significan por si solos modificaciones en esta titularidad conjunta.

**Titularidad individual** (L 1/1973 ley 72.II) Se contemplan dos únicas **excepciones a la cotitularidad** de la patria potestad, sin que, en ningún caso, sean válidos los **pactos** en contra de esa conjunción en el cargo. **136**

La primera de las hipótesis es la de que la filiación sólo estuviera determinada respecto de uno de los progenitores. En tal caso, el progenitor conocido es, lógicamente, el que ostenta estas funciones tuitivas. Se trata de un supuesto de **titularidad individual originaria**.

La titularidad individual de la patria potestad se puede dar, en segundo lugar, **de forma sobrevenida**, como consecuencia de la muerte o declaración de fallecimiento de alguno de los progenitores o de la privación por sentencia judicial de la patria potestad, en los casos contemplados por la Ley.

## B. Personas sobre las que recae

[L 1/1973 ley 63]

- 145** La patria potestad recae:
- Sobre los **hijos menores** (matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos) no emancipados. No recoge el ordenamiento civil navarro causas propias de emancipación, por lo que resultan de aplicación las recogidas en el Código Civil (CC art.314).
  - Sobre los **incapacitados** judicialmente. Quizás sea éste el aspecto más criticado de la regulación que ofrece el Fuero Nuevo (L 1/1973). A pesar del tenor del precepto, la sumisión a la patria potestad de los hijos incapacitados se limita a los hijos incapacitados no casados (L 1/1973 ley 67.II), pues sólo respecto a ellos podría producirse la **patria potestad prorrogada o rehabilitada**. Por otro lado, en tales casos, la patria potestad podría tener un contenido distinto del previsto genéricamente en la L 1/1973 ley 63, puesto que será el derivado de la resolución judicial de incapacitación del hijo.

## C. Contenido

- 148 Deberes y facultades en la esfera personal** [L 1/1973 ley 63.1] En cuanto a la esfera personal de la patria potestad, la L 1/1973 ley 63 y el CC art.154 coinciden básicamente. A pesar de esa coincidencia, se observa que el ordenamiento navarro no contiene mención alguna a:
- el ejercicio de la patria potestad en **beneficio siempre de los hijos** y de acuerdo con su personalidad;
  - el derecho de **audiencia** de los hijos en decisiones que les afecten; y
  - la posibilidad de los padres de recabar el **auxilio de la autoridad judicial**.
- Estas **omisiones** se consideran en general intrascendentes habida cuenta de la propia naturaleza de la patria potestad y de las exigencias constitucionales de las que se derivarían esos mandatos.
- La LF Navarra 3/2011 –custodia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia de los padres–, sí contiene una referencia expresa al **beneficio de los hijos** como criterio que ha de guiar al juez en el momento de adoptar las medidas oportunas en los casos de cese de convivencia o disolución de pareja, disponiendo además la previa audiencia de aquéllos si tuvieran suficiente juicio o, en todo caso, cuando fueran mayores de 12 años. Pero no existen ni en esa Ley ni en el Fuero Nuevo esas mismas previsiones referidas al modo genérico en que la patria potestad ha de desenvolverse fuera de los casos de cese de convivencia de los progenitores.
- Los **deberes de los padres** derivados de la patria potestad comprenden, en la esfera personal, las facultades de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, corregirlos razonable y moderadamente y procurar su debida formación.
- Los **hijos**, por su parte, deben obedecer a los padres en tanto permanezcan bajo su potestad, respetarlos siempre y contribuir al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella.
- 150 Deber de velar por los hijos** [L 1/1973 ley 72.III] La potestad de velar por los hijos no es contenido exclusivo de la **patria potestad**, sino que es también simple consecuencia de la **filiación**, a pesar de que los progenitores no sean titulares de la patria potestad o no les corresponda su ejercicio.
- 152 Prestación de alimentos** [L 1/1973 ley 72.III] El deber de alimentos a los hijos también es independiente de la patria potestad, porque deriva directamente de la relación de filiación, estando obligados padre y madre a prestar alimentos a sus hijos, aunque hayan sido privados de la patria potestad o no les sea atribuido su ejercicio. En virtud de este deber de financiar o sufragar los alimentos, los padres han de hacer frente al pago de los gastos producidos por sus hijos con la extensión establecida en el CC art.142 y 146. Frente a la regulación del Código Civil, el Fuero Nuevo (L 1/1973) sepa-

ra el **deber de educación** del deber de alimentos, configurándolo como deber independiente o con entidad propia dentro del contenido de la patria potestad.

**Precisiones.** En modo alguno resulta inaplicable el deber general de alimentos ante una **separación o divorcio**, sino que son aplicables las normas contenidas en el CC art.90 y 93 en relación a la determinación de los alimentos a abonar a los hijos por cada progenitor y, más concretamente, las cantidades que en tal concepto abona quien no los tiene en su compañía a favor del otro y como compensación por haber deferido judicialmente la guarda y custodia de los hijos (TSJ Navarra 29-10-04, EDJ 255270). Esta misma sentencia señala además que en los supuestos en que se haya suspendido la patria potestad por haberse hecho cargo del menor una institución pública mediante **tutela administrativa**, no cesan los efectos de las normas del Código Civil y se mantiene el deber de alimentos general para ambos progenitores de la L 1/1973 ley 63.

**Deber de tener consigo a los hijos** Este deber es presupuesto del deber de **guarda y custodia**. Implica la **convivencia** padres/hijo o, lo que es lo mismo, una comunidad de vida, sin perjuicio de excepciones pasajeras con fines, por ejemplo, sanitarios, educativos,...

Para el **cumplimiento** de este deber y para satisfacer el correlativo derecho, no basta la mera titularidad de la patria potestad, siendo imprescindible ostentar también su ejercicio.

Las **crisis** conyugales, la disolución de la pareja o, en general, la ruptura de convivencia de los progenitores acarrearán importantes consecuencias respecto a este deber de convivir con los hijos. En todos esos casos la convivencia se llevará a cabo en los términos acordados o por el juez.

**Deber de formar y corregir a los hijos** (L 1/1973 ley 63.I) Se trata del deber de procurar a los hijos su debida formación, deber que no es sino la plasmación del objeto de la **educación** de los menores: el pleno desarrollo de su personalidad.

Finaliza el elenco de deberes de los padres en la faceta personal de los hijos señalando que los padres deben corregir a los hijos razonable y moderadamente. La **moderación y razonabilidad de la corrección** habrá de concretarse según los usos sociales. La L 54/2007, de reforma del Código civil español suprimió del CC art.154 la posibilidad de que los padres corrijan a los hijos a la vez que incluyó el deber de **respeto a la integridad** física y psicológica de los hijos. Pero, en ambos ordenamientos, los padres debe corregir a los hijos con criterios de razonabilidad, pues la educación tiene lógicamente una labor correctora. Y en cuanto al respeto a la integridad de los hijos, puede entenderse como una derivación de velar por ellos.

**Deberes de los hijos** (L 1/1973 ley 63.III) En tanto permanezcan bajo su potestad, los hijos deben obedecer a los padres y siempre deben respetarlos. El deber de **obediencia** se enmarca exclusivamente en el ámbito de la patria potestad, mientras que el deber de **respeto** responde más bien al vínculo de filiación, con independencia de la subsistencia de la patria potestad, de la edad o de cualquier otra circunstancia que afecte a los hijos o a los padres.

**Representación legal de los hijos** (L 1/1973 ley 63.2 y 5) Los hijos sometidos a patria potestad han de ser representados por sus padres en cuantos **actos** les conciernan y no puedan legalmente realizar por sí mismos, salvo que guarden relación con bienes cuya administración no corresponda a los padres, y sin perjuicio de lo dispuesto sobre el defensor judicial (L 1/1973 ley 64).

Esta representación legal de los padres legitima a los progenitores para actuar en nombre del hijo y con **plena eficacia** en su esfera jurídica, tanto en el orden de la defensa de sus intereses personales como patrimoniales, ya judicial, ya extrajudicialmente.

En los supuestos de **declaración de ausencia, incapacitación o imposibilidad de un progenitor**, la representación corresponderá automáticamente al otro.



- 165** Por razones de distinta índole, determinados actos quedan **excluidos** de la representación legal paterna:
- los actos de carácter personalísimo, como el otorgamiento de testamento (L 1/1973 ley 184);
  - aquellos que el hijo pueda realizar por sí mismo por tener la capacidad requerida (L 1/1973 ley 50);
  - los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres (L 1/1973 ley 65 párr 1º);
  - los actos en que exista conflicto de intereses entre padres e hijos (L 1/1973 ley 64).

- 168** **Defensa de los intereses y expectativas de los hijos por nacer** (L 1/1973 ley 63.II) A pesar de que con los hijos futuros no puede establecerse relación alguna de patria potestad, se confiere a los padres la defensa de sus intereses. Esta declaración tiene relación con la posibilidad de que los hijos futuros –tanto los concebidos y no nacidos, como los no concebidos –puedan ser sujetos de **atribuciones de derechos**. Ante esa eventualidad, se establece este mecanismo de **protección** con el fin de garantizar la efectividad de las liberalidades en tanto el nacimiento no se produzca.

Como materialización de esta función, se confiere a los padres la **aceptación de las liberalidades** a favor de los *nascituri* y *concepturi* (L 1/1973 ley 154) y la legitimación para exigir las garantías para asegurar la efectividad del **nombramiento del futuro hijo como fideicomisario** (L 1/1973 leyes 231 y 233). A ello debe añadirse que la **administración** sobre los bienes objeto de la liberalidad a favor de hijos concebidos, o de los no concebidos, no la ostentan los padres, correspondiendo la administración al mismo donante o a sus herederos, en su caso (L 1/1973 ley 154.II).

- 171** **Deberes y facultades en la esfera patrimonial** (L 1/1973 leyes 63.3) En la esfera patrimonial han de distinguirse las facultades de los padres con respecto a la administración de los bienes y las que se les atribuyen en cuanto a la disposición de los mismos.

- 173** **Facultades de administración** (L 1/1973 leyes 63.3 y 65) Corresponde a los padres **administrar y disponer** de los bienes de sus hijos sujetos a patria potestad y usufructuarlos, dando a los **frutos percibidos** las aplicaciones que demande el interés de los hijos a quienes pertenezcan los bienes y el de la familia, a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada.

A este usufructo legal le son aplicables las normas generales del usufructo (L 1/1973 leyes 408 a 422), salvo las relativas a la duración y extinción del derecho, por lo que los padres deberán formar **inventario** y constituir **garantía** previamente a la entrega de los bienes objeto de usufructo, salvo que el juez lo considere innecesario (L 1/1973 ley 410 párr 2º).

**[Precisiones]** A diferencia de la L 11/1981 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que suprimió el **usufructo legal de los padres** sobre los bienes de sus hijos, la LF Navarra 5/1987 mantuvo este derecho de usufructo, configurándolo como indisponible e irrenunciable, aunque lo diseñó como un **derecho funcionalizado o modalizado**, imponiendo a los usufructuarios la obligación en todo caso de destinar los frutos percibidos a las aplicaciones que demandan tanto el interés de los propios hijos como el de la familia a cuyo sostenimiento han de contribuir de forma proporcional.

La concesión legal del usufructo a los padres establece **diferencias** notables con respecto a otros regímenes de administración paterna. Así, la **titularidad de los frutos** de los bienes de los hijos corresponde a los progenitores, quienes no han de ingresar en el patrimonio de los hijos dichos frutos, sino aplicarlos a los fines concretos que determina la ley. Al menos parcialmente, ese usufructo se concibe como una suerte de compensación por las funciones que conlleva la patria potestad, o como recurso dirigido a asegurar a los padres la unidad de dirección en la gestión de los intereses familiares e institución al servicio de la familia.

La **diligencia** exigible a los padres como usufructuarios con un derecho legalmente determinado es de carácter objetivo, debiendo atender a la conservación de dichos bienes y procurar que produzcan efectivamente los frutos que sean susceptibles de generar.

La **facultad de disfrute** también está limitada por el destino que la ley impone a los frutos, debiendo los padres dar a los frutos percibidos las aplicaciones que demande el interés de los hijos a quienes pertenecen los bienes y el interés de la familia. Una vez satisfechos esos fines, los frutos sobrantes pertenecen a los padres en principio por partes iguales, pudiendo disponer libremente de ellos.

Ambos progenitores ostentan la **facultad de usar** los bienes objeto del usufructo, facultad que se regirá por las reglas del co-usufructo ordinario, al margen de las reglas de la patria potestad. Además, a falta de reglas específicas, son aplicables al usufructo paterno las contenidas en L 1/1973 art.408 a 426, salvo las relativas a duración y extinción del derecho. Resulta extraño que todo el régimen previsto en esa sede sea apropiado al usufructo de los padres respecto a los bienes de los hijos. Así, por ejemplo, la formación de inventario, la constitución de garantía...

Como se ha señalado, la labor de administración de los padres de los bienes de los hijos se ejerce a través del usufructo legal a favor de los padres, dando a los frutos percibidos las aplicaciones que demanden el interés de los hijos a quienes pertenecen los bienes y el interés de la familia a cuyo sostenimiento han de contribuir en la proporción adecuada (L 1/1973 ley 63.I.3).

En cuanto al **alcance de las facultades de administración** paterna, como regla general, afectan tanto a los actos de ordinaria como a los de extraordinaria administración, identificándose así con un poder amplio de gestión económica patrimonial, incluidas determinadas enajenaciones como las de los frutos consumibles producidos por los bienes.

En principio, todos los bienes de los hijos sometidos a potestad serán objeto del usufructo paterno. Quedan, no obstante, fuera del mismo y, por tanto, **fuera de la administración**:

**1.** Los bienes objeto de **liberalidad** cuando quien la otorgue excluya la administración de los padres (L 1/1973 ley 65.I.1). Se trata de un supuesto de «tutela real» en el que los bienes constituyen una suerte de patrimonio separado. Así, los bienes adquiridos por los hijos a título gratuito, sea por sucesión testamentaria, por contrato sucesorio, o por donación (*inter vivos* o *mortis causa*), cuando el otorgante excluya el usufructo de los padres y establezca el régimen que estime conveniente para la administración y disposición de aquellos bienes, incluso excluyendo la necesidad de autorización judicial y de intervención de defensor judicial en los casos previstos en la ley. El atribuyente puede excluir de la administración a ambos progenitores y nombrar a un administrador, excluir a un progenitor y nombrar al otro como administrador, establecer un régimen especial de administración que haya de seguir quien resulte designado, etc. Puede admitirse incluso la posibilidad de que un progenitor excluya al otro de la administración de los bienes objeto de liberalidad realizada por aquél a favor del hijo común, salvo que ello se considere contrario a la buena fe o como acto fraudulento.

**2.** Los **adquiridos por causa de muerte** cuando el padre, la madre o ambos no pudieron adquirirlos por incapacidad a causa de indignidad (L 1/1973 ley 65.I.2 que remite a la L 1/1973 leyes 153.3 y al CC art.756). Estos bienes –adquiridos por derecho de representación de los hijos– serán administrados por el otro progenitor y, en su defecto, por un administrador judicialmente designado.

El ejercicio del usufructo y de la administración de los bienes de los hijos ha de estar guiado por el interés económico de éstos, de ahí que dicho ejercicio esté sometido a un **régimen de fiscalización**. Cuando la administración de los padres **ponga en peligro el patrimonio del hijo**, el juez, a petición de parte interesada o del Ministerio Fiscal, podrá exigir a aquéllos garantía adecuada, o tomar otras medidas para la seguridad de los bienes, e incluso privar a los padres de la administración y nombrar un administrador (L 1/1973 ley 65.I.3).

La misma idea está presente en el momento de **extinción** del usufructo, si bien la fiscalización sólo se desencadenará cuando exista una petición en tal sentido. Así, se establece que al término de la administración, los hijos, el administrador judicial o el Ministerio Fiscal podrán pedir a los padres **rendición de cuentas** y exigir el resarci-

175

177

miento de daños e indemnización de perjuicios que procedan, en su caso (L 1/1973 ley 65.III).

El plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción es de 3 años.

**Precisiones** En este sentido, se ha señalado que una madre no podía disponer libremente del capital concedido a su hija en virtud de **indemnización** por el accidente sufrido y que sólo podía hacerlo respecto de los intereses producidos por ese capital (TSJ Navarra 11-12-13, EDJ 279511).

- 179 Facultades de disposición** (L 1/1973 leyes 63.3 y 65) Los padres no pueden **renunciar** a los derechos de que los hijos sean titulares, ni enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles, o sus elementos esenciales, u objetos de valor extraordinario, sin previa autorización judicial, oído el Ministerio Fiscal. No es, sin embargo, necesaria dicha autorización judicial para la **cancelación de hipoteca** u otra garantía real consecuente al cobro del crédito asegurado, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario, ni para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente (L 1/1973 ley 65 párr 4º).

Se deduce de esta norma que por sí solos y sin autorización judicial los padres podrán **enajenar o gravar bienes muebles** de sus hijos que no sean de extraordinario valor, parámetro cuya determinación queda al arbitrio judicial. Mientras que en el régimen del Código Civil (CC art. 166.II), sólo se exige de autorización judicial para la enajenación de valores mobiliarios de los hijos cuando el importe se reinvierta en bienes o valores seguros, en el ordenamiento navarro no se exige esa autorización en ningún caso de venta de muebles del tipo que sean –salvo los de extraordinario valor– y es válida la venta realizada por los padres de acciones o valores mobiliarios con independencia del destino del precio obtenido.

Pueden los padres también sin autorización judicial **enajenar inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, etc.**, cuando el acto de disposición no dependa de una exclusiva decisión paterna, sino de circunstancias derivadas de un previo acto debido, como es una expropiación forzosa o una retroventa.

- 181** El régimen de la **aceptación de donaciones** sigue un particular régimen, al igual que cualesquiera actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa* a favor de los hijos. Los padres podrán aceptar por sí mismos cualesquiera disposiciones a título lucrativo a favor de los hijos, sin necesidad de autorización judicial, si bien ésta será necesaria, sin embargo, para la **repudiación** de aquéllas. En cualquier caso, no es precisa esta autorización judicial si el menor hubiera cumplido 16 años y consintiera en documento público (L 1/1973 ley 65 párr 5º).

En esta norma se incluyen, únicamente, las disposiciones puramente lucrativas, exigiéndose autorización judicial para aceptar donaciones, legados o cualquier tipo de **atribuciones gratuitas con carga modal o mixtas**.

Las **liberalidades puras** no sólo pueden ser aceptadas por los padres sin autorización judicial, sino que los hijos púberes (mayores de 14 años), pueden por sí proceder a esa aceptación (L 1/1973 ley 50.III), quedando así ese tipo de actos bajo un régimen mixto.

Para la **repudiación** de liberalidades siempre se exige autorización judicial. Esta regla reitera lo que para todo tipo de renunciaciones ya exige el propio precepto al inicio (L 1/1973 ley 65 párr 5º).

**Precisiones** En cuanto al **régimen de impugnabilidad** de los actos realizados por los padres prescindiendo de la preceptiva autorización judicial, se ha planteado si aquél ha de ser el propio de la nulidad absoluta o de la anulabilidad.

En este sentido, se ha señalado que, el carácter discrecional que el Fuero Nuevo atribuye a la autorización judicial, que no supedita, como el Código Civil, a la apreciación judicial de la concurrencia de «causas justificadas de utilidad o necesidad», y la mejor protección de los intereses de los menores, inclinan a considerarlos radicalmente nulos (TSJ Navarra 23-5-97).

- 184 Deber de los hijos de sostenimiento de la familia** (L 1/1973 ley 63) En el ejercicio del usufructo que ostentan sobre los bienes de los hijos, los padres deben por

un lado destinar los frutos que rindan al **interés del hijo propietario** de tales bienes y, por otro, han de aplicar los frutos al **interés de la familia**, dado que han de contribuir a su sostenimiento en la proporción adecuada.

Pero, de manera en cierta medida contradictoria, señala más adelante el precepto de referencia, que los hijos deberán contribuir al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella. Este deber filial no se compadece con un régimen patrimonial de la patria potestad construido a partir de un derecho de usufructo paterno sobre los bienes de los hijos. En el Derecho civil navarro la contribución del hijo al sostenimiento de la familia desde que sale de la patria potestad, pero convive con la familia, está plenamente justificada. Sin embargo, imponer ese deber al menor de edad de manera tal que también los frutos de sus bienes queden sujetos a ese sostenimiento no parece justificable. Quizá el deber de contribución debe quedar subjetivamente limitado a los **hijos que hayan salido de la patria potestad**, pero conviven con los padres.

Para los **hijos bajo patria potestad**, puede decirse que estrictamente no tienen deber de sostener a la familia, teniendo en cuenta que, además, ese sostenimiento se realiza a través del usufructo del que gozan los padres.

## D. Ejercicio

**Ejercicio conjunto** (L 1/1973 ley 63 párr 4º) Las **funciones** inherentes a la patria potestad se ejercerán por ambos progenitores según lo convenido y, sólo en defecto de pacto, de forma supletoria el ejercicio corresponderá a ambos progenitores conjuntamente. En este ejercicio conjunto o bien ambos padres intervienen en todos los actos relativos a la patria potestad simultáneamente, o bien sólo uno de ellos actúa y, posteriormente, esa actuación es ratificada por el otro.

La regla del ejercicio conjunto resulta en ocasiones impeditiva de una ágil y práctica actuación. Por eso el Fuero Nuevo establece que serán, sin embargo, válidos los actos que cualquiera de los padres realice por sí solo para atender a las **necesidades ordinarias de los hijos**, según las circunstancias familiares y el uso del lugar, o en situaciones que exijan una **urgente solución**.

Esta norma no establece una **presunción de consentimiento tácito** similar a la contenida en el CC art. 156, sino que simplemente declara válidos los actos a los que se refiere, reconociendo en los mismos una legitimación individual.

La no concurrencia de las circunstancias que contempla la norma (urgencia, cotidianidad...) permite plantear la **impugnación** del acto en cuestión.

**Precisiones** En los supuestos de **separación, divorcio nulidad o ruptura de pareja** no se produce *per se* una alteración de la regla del ejercicio conjunto. Y ello es así, porque el Fuero Nuevo carece de una norma específica sobre el particular y esta falta de regulación no puede ser suplida mediante el recurso a la aplicación supletoria del Código Civil en la medida en que la regulación navarra constituye un bloque normativo tendencialmente completo de la patria potestad.

Así lo ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, al afirmar que el obstáculo a la conjunción en el ejercicio de la patria potestad que la separación de los cónyuges supone se limita a las funciones ligadas a la **cotidiana convivencia** y a la **inmediata relación personal**, que van a seguir siendo ejercidas por el progenitor que ostenta la custodia pero, en sí misma, la separación de los cónyuges no constituye impedimento alguno a la natural concurrencia de los dos titulares en el desempeño de las demás funciones que no presupongan aquel contacto permanente (TSJ Navarra 14-6-95, EDJ 12115).

**Ejercicio individual** (L 1/1973 ley 63 párr 4º y 5º) Se distinguen dos posibilidades de ejercicio individual de la patria potestad:

**a) Por convenio.** Se abre la puerta a que, mediante convenio, los titulares de la patria potestad pacten su ejercicio de forma diversa. Estos pactos podrán consistir en la distribución entre ambos de las distintas funciones que dan contenido a la patria potestad o en la autorización a uno de ellos para actuar los intereses del hijo, ejerciendo la patria potestad en distintas esferas. Este tipo de convenios pueden ser

187

190

revocados o resueltos unilateralmente en cualquier momento y por cualquiera de los padres.

**b) Por disposición legal o judicial.** En determinadas circunstancias el ordenamiento civil navarro provoca un cambio en la regla general del ejercicio conjunto, traspasando dicho ejercicio a uno de los progenitores. En concreto, ese traslado se produce cuando el otro haya sido declarado **ausente o incapacitado**. Se trata aquí de una atribución del ejercicio de la patria potestad de carácter automático que opera *ope legis*.

Otro supuesto es el de la **imposibilidad de uno de los progenitores** para el ejercicio de la patria potestad –enfermedad, viaje prolongado,...–, pero en este caso se habilita al otro progenitor para recabar del juez la atribución exclusiva del ejercicio. La resolución judicial –en todo caso motivada– podrá decretar o no ese traspaso del ejercicio.

### 193 **Guarda y custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres** (LF Navarra 3/2011) No se establece una regulación específica del régimen de la atribución de la guarda y custodia de los hijos en los procesos de **separación, divorcio o nulidad**.

**Precisiones** El TSJ Navarra ha afirmado la aplicabilidad del CC art.92. En el supuesto planteado, se debatía la posibilidad de aplicar la costumbre de la etnia gitana de atribuir la guarda de las hijas a la madre y la de los hijos al padre. La sentencia decretó que aunque la L 1/1973 ley 63 no establece como regla general procurar la **convivencia entre los hermanos**, al no existir en el Fuero Nuevo una regulación específica del régimen de la atribución de la guarda y custodia de los hijos en los procesos de crisis conyugal, debía aplicarse el CC art.92.5 en el que se establece expresamente la conveniencia de no separar a los hermanos en dichos procedimientos de crisis conyugal. No es aplicable en consecuencia la L 1/1973 ley 63 a estos supuestos de atribución de la guarda y custodia de los hijos en la separación y divorcio (TSJ Navarra 30-9-03, EDJ 167163).

La aprobación de la LF Navarra 3/2011, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres no permitiría en la actualidad sostener la aplicación supletoria del Código Civil en la materia, debiéndose aplicar lo establecido en LF Navarra 3/2011 art.3.7: salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos. A partir de la vigencia del régimen civil foral contenido en la LF Navarra 3/2011, la atribución de la guarda debe regirse por ella, desplazando así la aplicación del régimen codificado.

### 196 La LF Navarra 3/2011 ha pretendido introducir un **régimen propio** de atribución de la guarda y custodia de los hijos ante la no cohabitación de sus padres. Se aplica así tanto en los supuestos de crisis matrimonial (separación, divorcio y nulidad), como en los de cese de convivencia de parejas no casadas. Con ello se persigue evitar la aplicación de la regulación contenida al efecto en CC art.92.

En la regulación de la custodia no se implanta un régimen de **custodia compartida** preferente en defecto de acuerdo de los padres. La LF Navarra 3/2011 art.3 no se separa en exceso del CC art.92 y no llega a configurarlo como un sistema preferencial: cuando **no exista acuerdo** de los padres al respecto se atenderá al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores:

**1.** En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

**2.** En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

**3.** El juez decidirá sobre la **modalidad** de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en LF Navarra 3/2011, a los siguientes factores:

a) La **edad** de los hijos.

b) La **relación** existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas.

c) El **arraigo** social y familiar de los hijos.

d) La **opinión** de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de 12 años, con especial consideración a los mayores de 14 años.

e) La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la **estabilidad** de los hijos.

f) Las posibilidades de **conciliación** de la vida familiar y laboral de los padres.

g) Los **acuerdos y convenios previos** que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado.

h) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

**4.** En cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los **hijos menores o incapacitados** y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

Cuando la solicitud de una modalidad de concreta de guarda sea presentada de **común acuerdo** por ambos padres, ya sea de custodia individual o ya sea compartida, nada impide que el juez altere lo acordado por ellos cuando considere que no es conveniente para el interés de los hijos. Puede, por tanto, decretar una custodia individual, aunque los padres hubieran acordado o solicitado por separado la guarda compartida, y a la inversa, cuando a ello le lleve la ponderación de los factores contenidos en la propia Ley, los prioritarios intereses de los menores o incapacitados y la garantía de la igualdad.

Si los **padres no alcanzan un acuerdo** y sólo uno de ellos solicita la custodia compartida –supuesto que en principio es el que motiva la aprobación de la Ley Foral– el juez seguirá decidiendo la modalidad más conveniente para los hijos.

Los únicos **elementos diferenciales con el régimen codificado** (CC art.92.5) son:

– que en el régimen navarro basta con oír al Ministerio Fiscal, mientras que en el CC art.92 es preceptivo el informe favorable de dicho órgano;

– la custodia compartida en el Código se acordará cuando sólo de esta forma se proteja adecuadamente el interés del menor, mientras que en el régimen navarro no se opta por esa exclusividad, sino que dependerá de la ponderación de los múltiples factores que ordena tener en cuenta LF Navarra 3/2011 art.3.

Estas son las únicas alteraciones en el régimen de custodia alternada que no resulte de un acuerdo de coparentalidad.

Por lo demás, el resto de previsiones normativas de la LF Navarra 3/2011 no introducen novedades significativas respecto al régimen codificado:

• Si decide la **custodia compartida**, el juez ha de fijar un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad (LF Navarra 3/2011 art.3.5).

• Si decide la **custodia individual**, el juez ha de fijar un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la L 1/1973 ley 63 (LF Navarra 3/2011 art.3.6).

• Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la **separación de los hermanos** (LF Navarra 3/2011 art.3.7).

• Finalmente, se establecen dos supuestos en los que **no procede atribuir al progenitor la custodia** –ni individual ni compartida– (LF Navarra 3/2011 art.3.8):

1) El primero de ellos es el del progenitor en quien se den estas dos circunstancias:

– estar incurso en un **proceso penal** iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas; y

– se haya dictado **resolución judicial** motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

2) El segundo caso es cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de **indicios fundados y racionales de violencia doméstica** o de género.

**202 Desacuerdos en el ejercicio** (L 1/1973 ley 63 párr 6º y 7º) Se articula una **doble vía alternativa** para solventar los casos en que se produzca desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. En ambos casos, se recurre a un tercero que determinará cuál de los padres ha de ejercer la patria potestad en una determinada decisión atinente al hijo, ya sea en su esfera personal o patrimonial.

El primero de los mecanismos es la **intervención de los parientes mayores**, como órgano decisorio en el ámbito familiar (L 1/1973 ley 142). Actuarán a modo de árbitros en dichas controversias a solicitud conjunta de ambos padres, y atribuirán a uno de los padres la facultad de decidir en cada caso planteado. Antes, habrán de intentar una conciliación entre los progenitores para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus diferencias. Frustrada la conciliación, los parientes mayores decidirán sin posibilidad de recurso.

La segunda vía de resolver el desacuerdo es la que se concede al **juez**. A diferencia de la anterior, el recurso a la intervención judicial es utilizable por cualquiera de los padres. La autoridad resolverá la discrepancia después de oír a los interesados e intentar la conciliación, atribuyendo, sin ulterior recurso, la facultad de decidir en el caso concreto a uno u otro progenitor.

Cuando las circunstancias lo aconsejen el juez puede también, por un plazo que no exceda de 2 años, **distribuir entre ellos** las funciones de la patria potestad o atribuir éstas a uno de los dos. En este sentido las competencias del juez son más amplias si bien sólo pueden ejercitarse en circunstancias excepcionales que, generalmente, se producirán en los casos en que el desacuerdo verse sobre cuestiones que vayan a prolongarse temporalmente y que vayan a dar lugar a una constante tensión en el ejercicio por ambos padres de la patria potestad.

**205 Intereses contrapuestos de los padres y los hijos: el defensor judicial** (L 1/1973 ley 64) El ejercicio de la patria potestad se guía por el principio rector de actuación en interés del hijo lo que, entre otras consecuencias, acarrea que cuando ese principio objetivamente quede en entredicho, no sea conveniente que los padres ejerzan su función representativa. En este marco, el ordenamiento civil navarro recoge la figura del **defensor judicial** para los casos en que existan intereses contrapuestos entre los padres y los hijos y en los que la actuación paterna podría estar inspirada en su propio interés.

Si la **contraposición de intereses** existiera **sólo con uno** de los progenitores, corresponde al otro la representación del hijo sin necesidad de nombramiento judicial (TSJ Navarra 24-10-94, EDJ 14146).

Incluso aunque haya intereses contrapuestos, **no será necesaria la intervención** de defensor judicial, cuando se trate de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, o de nombramientos de heredero y donaciones con pactos de convivencia entre donantes y donatarios. Estas exclusiones legales –y la consiguiente posibilidad de que los padres representen en esos casos a los hijos– pueden tener su base en la costumbre, o en el hecho de que en esos supuestos existen en realidad intereses concurrentes más que intereses contrapuestos.

El juez debe nombrar defensor judicial, con las facultades que señale, a alguna de las **personas** a quienes en su caso podría corresponder el ejercicio de la tutela, pudiendo elegir a quien considere más idóneo de entre los parientes enumerados en el CC art.234 y de las personas aludidas en el CC art.235.

Los **actos y contratos celebrados por el progenitor** en representación del hijo, existiendo contraposición de intereses, son nulos de pleno Derecho, por tratarse de cuestión de estado civil y por el hecho de que el juego de representaciones legales de los menores de edad está guiado por la necesidad o imperatividad de sus normas.