

La nueva regulación alemana sobre la patria potestad

ANTONIO PAU PEDRON
Registrador de la Propiedad

SUMARIO: 1. Antecedentes de la reforma.—2. Criterios innovadores adoptados.—3. Naturaleza jurídica y estructura del cuidado paterno.—4. El cuidado personal: concepto y contenido.—5. El cuidado patrimonial: contenido, limitaciones y terminación.—6. El cuidado paterno respecto de los hijos extramatrimoniales.—7. Limitaciones de la patria potestad.—8. Extinción y suspensión.—9. Nueva regulación de la patria potestad tras la ley reformadora del BGB de 18 de julio de 1979: traducción de los títulos V y VI de la Sección II del Libro IV del BGB.—10. Bibliografía posterior a la reforma.

La reforma de la patria potestad era, en el Derecho alemán, una necesidad derivada de dos trascendentales innovaciones introducidas en la legislación civil: la equiparación de los hijos y la igualdad de los cónyuges.

A la equiparación jurídica de los hijos legítimos e ilegítimos no se llega hasta la reforma del BGB operada en 1969 por la «Ley sobre la situación jurídica de los hijos ilegítimos», que entró en vigor el primero de julio de 1970. Se culminaba con ella una atormentada lucha del legislador, que comenzó con el artículo 121 de la Constitución de Weimar, alcanzó una cierta tregua con la «Ley de Beneficencia Juvenil» de 1922, trató de terminar con los Proyectos de 1925, 1929, 1935 y 1963 (los dos primeros oficiales, el tercero elaborado por la sección alemana de «Caritas» y el cuarto redactado por el Instituto Alemán para la Institución Tutelar), y logró la primera victoria en el artículo 6.º de la Ley Fundamental de Bonn de 1961. No obstante, este precepto tenía un carácter meramente programático, y la lucha por su concreción no fue menor que la lucha por su consagración legal. Se llega por fin —después de numerosas leyes en que se ordena la equiparación en diversos ámbitos de la vida pública— a la reforma de los párrafos 1.705 a 1.717, relativos a la «posición jurídica de los hijos ilegítimos».

La tendencia a la igualdad jurídica de los cónyuges tiene una

evolución semejante: se inicia en el artículo 119 de la Constitución de Weimar, se recoge en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn y entra en el campo civil en tres sucesivas leyes reformadoras, las llamadas «Ley de Equiparación Jurídica» de 1957, «Ley de Modificación del Derecho de Familia» de 1961 y «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial» de 1976.

A pesar de recoger ya en su propio texto tan radicales innovaciones, el propio BGB continuaba configurando la patria potestad —aunque con algunas modificaciones progresistas, como las introducidas en 1957, 1959 y 1976— según los criterios tradicionales. No obstante, el artículo 3.º de la Ley Fundamental proclamaba desde 1953 que la patria potestad correspondía «al padre y a la madre», y el Tribunal Constitucional había ya declarado en una sentencia con fuerza de ley («gesetzkräftiges Urteil») de 1959 la nulidad de los párrafos 1.628 y 1.629, que atribuían al padre mayor autoridad que a la madre en las cuestiones relativas a la crianza y educación de los hijos. Lo que existía por tanto en el BGB era más una laguna legal que una normativa inadecuada, y la misión de la legislación que entró en vigor en 1980 fue la de completar el Ordenamiento jurídico.

La legislación de la República Democrática Alemana venía siendo en este punto más progresista: desde la Ley de 27 de septiembre de 1950 la patria potestad se atribuía a ambos cónyuges conjuntamente, y el vigente Código de Familia de 1965 cambió incluso la terminología, hablando de «derecho de educación» («Erziehungsrecht») en lugar de utilizar la expresión tradicional «elterliche Gewalt». Lo mismo cabe decir del Ordenamiento suizo, que desde la redacción originaria del ZGB (párrafo 274) atribuye la patria potestad a ambos padres conjuntamente, y del sistema inglés, con su institución de la «guardianship by nature», que corresponde al padre o a la madre según la conveniencia del hijo.

En su radical y definitivo apartamiento de los antecedentes germánicos de la patria potestad, el legislador ha adoptado diversos criterios innovadores:

1.º Los padres han de actuar siempre de mutuo acuerdo. El párrafo 1.627, después de proclamarlo así, insiste en la unificación de los criterios paterno y materno: en los casos de divergencias de opinión deben intentar ponerse de acuerdo. Según el párrafo 1.628, si los padres no pueden ponerse de acuerdo, el Tribunal de Tutelas podrá encomendar la facultad decisoria al padre o a la madre, según lo aconseje el interés del hijo. El legislador vuelve a insistir: antes de adoptar cualquier medida el Tribunal de Tutelas deberá procurar que los padres se pongan de acuerdo en un criterio que beneficie al hijo. En algunos casos especiales —como los de los párrafos 1.844 y 1.846— el Tribunal de Tutelas puede adoptar medidas por sí mismo, en lugar de trasladar tal facultad a uno de los padres. Pero no todas las decisiones que hayan de tomarse en el ejercicio de la patria potestad han de ser adoptadas conjuntamente. Según Beitzke, las «activi-

dades materiales de asistencia» («tatsächliche Fürsorgehandlungen») pueden llevarse a cabo individualmente, siempre que discurren en el marco de las directrices básicas adoptadas por los padres —éstas sí de común acuerdo— respecto del ejercicio de la patria potestad. Encuentra apoyo positivo para esta tesis el ilustre profesor de Bonn en el parágrafo 1.606, relativo a la prestación de alimentos; y se pregunta a continuación si es necesaria también la representación conjunta para celebrar negocios en nombre del hijo. A pesar de la declaración afirmativa terminante del parágrafo 1.629 BGB, el profesor Beizke, en base a diversas sentencias del Tribunal Constitucional Alemán, considera admisibles, en casos excepcionales en que una necesidad apremiante lo imponga, la representación exclusiva por uno de los padres (por ejemplo, para oponer excepciones en un procedimiento ejecutivo improcedente dirigido contra el patrimonio del hijo).

2.º Se ha ampliado el poder del Tribunal de Tutelas, que puede adoptar medidas respecto del hijo incluso contra la voluntad de los padres, y que pueden llegar hasta la separación del hijo. Como observan los profesores Weyers y Kuhn-Päbst («Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la República Federal Alemana: año 1980», traducidos por el Notario Juan José Alvarez-Sala Walther en el número de octubre-diciembre de 1981 de este A.D.C.), bajo la legislación anterior una medida de este tipo sólo era admisible en caso de comportamiento culpable de los padres.

La «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial» de 1977 introdujo el Tribunal Familiar como una sección especializada de los Tribunales de Primera Instancia. No se trata de tribunales independientes y especiales, sino de tribunales con atribuciones especiales dentro de la organización judicial ordinaria. La doctrina criticó duramente la innovación, tanto por considerarla innecesaria, como por rechazar la heterogeneidad del funcionamiento de ambos tribunales: mientras el Tribunal de Tutelas se rige por la Ordenanza del Proceso Civil («Zivilprozessordnung»), el Tribunal Familiar actúa según las normas de la Ley sobre actos de jurisdicción voluntaria («Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit»). El ámbito de competencia del Tribunal Familiar se determina por los «asuntos familiares» («Familiensachen»), con exclusión absoluta de las cuestiones que afecten a los hijos extramatrimoniales —con lo que, como observan los autores, se ha vuelto a introducir una importante discriminación en el Derecho positivo—. Concretamente, es competente, en materia de filiación, respecto de los siguientes asuntos: regulación de la patria potestad en caso de divorcio (parágrafo 1.671), determinación del trato personal con el hijo (parágrafo 1.634), encargo de su custodia a uno de los padres (parágrafo 1.632) y adopción de medidas modificativas de las anteriormente ordenadas en relación con estos asuntos (parágrafos 1.696 y 1.678). No obstante, la ejecución de las sentencias del Tribunal Familiar corresponde al Tribunal de Tutelas, e incumbe también a éste el nombramiento

de tutor o curador, cuando el Tribunal Familiar ha privado a los padres de la patria potestad, así como todos aquellos asuntos relativos a la patria potestad en que intervenga un tercero (como el contemplado en el párrafo 1.634, apartado 2.º). El Tribunal Familiar competente se determina por el lugar del domicilio común de los cónyuges, en su defecto por el lugar del domicilio común de uno de los cónyuges y el hijo menor de edad, y, a falta de los anteriores, por el lugar en que radicó el último domicilio habitual de los cónyuges. Contra la sentencia del Tribunal familiar cabe recurrir al Tribunal Territorial Superior (Audiencia Territorial).

3.º Se culmina en la reforma de 1980 la evolución legislativa en orden a la configuración de la patria potestad como «relación de cuidado o asistencia» («Fürsorgeverhältnis»). Decía Raiser en 1961 (Juristenzeitung de ese año, pág. 470) que a pesar de rechazarse por la doctrina el concepto de «derecho de dominación sobre personas» («Herrschaftsrechten an Personen»), la patria potestad y la tutela seguían configurándose y entendiéndose como «derechos de dominación». Gernhuber cifra precisamente en esas fechas —hace unos veinte años— la irrupción en la doctrina de una concepción más humanizada de esas instituciones, concepción que cifra la esencia y la medida de su ejercicio en el bienestar o provecho del hijo («Wohl des Kindes»), criterio reiteradamente invocado en la nueva reforma.

4.º Exponente y a la vez cristalización del nuevo sesgo de la institución es el cambio de terminología: se abandona la expresión «elterliche Gewalt», y se adopta la de «elterliche Sorge», estrechamente emparentada con la latina «patria potestas»; frente al antiguo «poder» se habla hoy de «cuidado». Se desecha también la expresión «Vermögensverwaltung», administración patrimonial, y se acoge la de «Vermögenssorge», cuidado patrimonial.

La naturaleza jurídica de la institución de la patria potestad no se perfila por la doctrina alemana de modo uniforme: según Gernhuber, su configuración oscila entre un «amplio derecho subjetivo» («umfassendes subjektives Recht») y una «situación o posición jurídica» («Rechtsstellung oder Rechtsposition»). El Derecho positivo —añade el profesor de Tubinga— agrupa las atribuciones de los padres en un concepto único —la «elterliche Sorge»—, pero ninguna norma del Derecho vigente designa esta institución como derecho unitario. Como consecuencia de ello, el citado autor se inclina por considerar la patria potestad como «derecho subjetivo único y complejo» («einziges komplexes subjektives Recht»), y critica su calificación de «posición o situación jurídica» como complicada e inútil, pues introduce un concepto adicional carente de valor. Por su parte, Beitzke configura la patria potestad como «complejo de derechos y deberes» («Komplex von Rechten und Pflichten»), Erman-Ronke la definen como «relación protectora de Derecho familiar» («familienrechtliches Schutzverhältnis»). Palandt-Diederichsen como «relación legal de protección» («gesetz-

liches Schutzverhältnis») y Soergel-Lange como «situación jurídica de Derecho familiar» («familienrechtliche Rechtsstellung»).

La unificación de las atribuciones de los padres en un derecho subjetivo no aclara por sí misma la relación que existe entre ellos como titulares de la patria potestad. Como afirma Gernhuber, el hablar de cuidado paterno «del padre y de la madre» (parágrafo 1.626) puede dar a entender que se trata de un derecho común de los padres o de dos derechos independientes de cada uno de ellos, que deben ejercitarse conjuntamente. Pero tras reconocer la inaplicabilidad de la distinción, tan arraigada en la doctrina alemana, entre comunidad en mano común y comunidad por cuotas al complejo normativo de los párrafos 1.626 y siguientes, el citado autor propone considerar el «cuidado paterno del padre» y el «cuidado paterno de la madre» como derechos subjetivos independientes, que deben ejercitarse conjuntamente para una uniforme («rectilínea», dice expresivamente Gernhuber) atención del hijo.

La unidad de las distintas facultades que integran la patria potestad, no autoriza a sostener su indivisibilidad. En muchos casos la desintegración o parcelación de la patria potestad es incluso necesaria. Por ello los preceptos que encabezan la regulación de la materia comienzan con la articulación de la patria potestad en cuatro partes: el cuidado personal («Personensorge»), el cuidado patrimonial («Vermögenssorge»), la representación («Vertretung») y el cuidado fáctico de la persona y del patrimonio («tatsächliche Personen- und Vermögenssorge»). Estos dos últimos están, según Gernhuber, perfectamente delimitados, pues la representación recae sobre las relaciones jurídicas externas del hijo, y el cuidado fáctico se refiere a los demás derechos y deberes de los padres. Apunta Schwab que la perfecta distinción entre cuidado personal y cuidado patrimonial no es siempre tarea fácil, y es especialmente importante en los casos —antes indicados— de separación de esas funciones. Es conveniente tener en cuenta que el parágrafo 1.629, apartado 2.º, inciso 2.º, viene a considerar la reclamación de alimentos como facultad integrante del cuidado personal.

Gernhuber define el cuidado personal («Personensorge») utilizando en parte el contenido del parágrafo 1.º de la Ley de Beneficencia Juvenil de 1977, como «educación del hijo para su formación corporal, espiritual y social, con decreciente intensidad teniendo en cuenta su creciente madurez». Schwab se limita a describirlo y de forma negativa, diciendo que «comprende todas las funciones de atención, que no sean simples medidas de administración patrimonial». Beitzke enumera su contenido: asistencia («Fürsorge»), educación («Erziehung»), vigilancia («Aufsicht»), determinación de la residencia («Bestimmung des Aufenthalts») y regulación de sus relaciones personales («Regelung des Umgangs»). Este contenido del cuidado personal debe completarse con lo que Schwab llama «Statusfragen»: la determinación del nombre y el

consentimiento para el matrimonio (que exige el párrafo 3.º de la Ley de Matrimonio) y para la adopción del menor (que exige el párrafo 1.747 BGB). A lo anterior debe añadirse aún la cuestión de la educación religiosa, dotada de una normativa especial: la Ley sobre educación religiosa de los hijos, de 15 de julio de 1921.

Siguiendo este esquema cumulativo que hemos esbozado, estudiamos a continuación los distintos elementos del cuidado personal:

1. La asistencia implica el cuidado del bienestar corporal del hijo, y concretamente su alojamiento, alimentación, vestido y asistencia médica. Quizá sea esta última cuestión la más estudiada por la doctrina alemana; en caso de ser necesario tratamiento médico, el contrato al efecto (con el médico, el sanatorio o el hospital) puede concluirse por los padres en nombre propio —en cuyo caso la doctrina es unánime en considerarlo como un contrato en favor de tercero: Gernhuber, Beitzke, Staudinger-Kaduk, etcétera, e incluso la Jurisprudencia: la Audiencia Territorial de Stuttgart en Sentencia de 1918, el Tribunal Supremo Federal en Sentencia de 1955; la Audiencia Territorial de Celle ha hablado incluso de contrato a favor del «nasciturus»—; y puede también concluirse en nombre del hijo. En el caso del hijo menor de edad casado, dada la restricción que establece el párrafo 1.633 al cuidado paterno, aquél puede decidir por sí mismo su sometimiento al cuidado médico, aunque el contrato deba concluirse por el representante legal. Si se trata de una intervención quirúrgica, los Tribunales han declarado necesario el consentimiento de los padres. Las normas reguladoras del seguro obligatorio de enfermedad han fijado la edad de quince años del menor asegurado para atribuirle íntegramente la facultad de someterse a la intervención (párrafo 36 del «Sozialgesetzbuch»; aunque el apartado 2.º del mismo artículo admite una posibilidad de oposición de los padres a la decisión del hijo).

El internamiento del hijo en un establecimiento adecuado, que lleve consigo privación de libertad, exige la previa autorización del Tribunal de Tutelas. Este organismo prestará su autorización cuando tal medida convenga al bienestar del hijo, y la revocará cuando esta justificación desaparezca (según el inciso final del párrafo 1.631 b). La «Ley para la nueva regulación del derecho de cuidado paterno» de 1979 ha modificado también el procedimiento conducente al internamiento que se desarrollaba en los párrafos 64 y siguientes de la Ley sobre actos de Jurisdicción Voluntaria, para garantizar en la mayor medida posible la seguridad y la libertad del menor. Se impone hoy la obligación de oír al hijo, se consagra una excepción a la regla general de incapacidad procesal que el párrafo 59 de la misma ley dirige a los menores de catorce años, y se permite el nombramiento de un curador para el procedimiento («Verfahrenspfleger»). El párrafo 64 b establece además como plazos de internamiento el

de dos años para caso de enfermedad mental y el de un año en los demás supuestos.

2. Dice Schwab que la función educativa que integra la patria potestad tiene un núcleo inaccesible a la regulación jurídica. El Derecho entra en juego solamente cuando los padres se apartan, en las metas o en los medios educativos, de las concepciones sociales imperantes. Consciente de ello, la ley reformadora de la «*elterliche Sorge*» se ha limitado a sentar dos criterios generales de educación:

1.º Según el párrafo 1.626, los padres atenderán a la creciente capacidad y a la creciente necesidad del hijo de una actuación independiente y conscientemente responsable. Hablarán con el hijo, en tanto resulte indicado por el estado de su desarrollo, de las cuestiones relativas al cuidado paterno, e intentarán ponerse de acuerdo. Como apunta Schwab, no se trata de una auténtica norma jurídica y su eficacia sólo puede tener lugar por la vía del párrafo 1.666.

2.º Según el párrafo 1.631, apartado 2.º, las medidas educativas humillantes son inadmisibles. Esta norma es, al decir de Schwerdtner («*Archiv für die civilistische Praxis*», año 1973) «el fósil de una mentalidad que aún sobrevive», y que obliga al legislador a señalar como límite de los castigos el honor y la integridad moral de los hijos. Se trata en todo caso, según Schwab, de una norma programática, carente de una concreta sanción jurídica. Su ámbito es igualmente indeterminado, y variable con los tiempos y la sensibilidad de los sujetos.

En virtud de la función educativa, los padres habrán de proporcionar a los hijos sometidos a su potestad una instrucción y una profesión adecuada, teniendo especialmente en cuenta, según el párrafo 1.631 a, la aptitud e inclinación de los mismos. Si los padres no tienen en cuenta, manifiestamente, tales circunstancias, y puede derivarse de ello un grave perjuicio para el hijo, el mismo precepto permite que el Tribunal de Tutelas adopte las medidas que considere oportunas sobre el colegio o la formación profesional de aquél.

3. Según Beitzke, la función de vigilancia se extiende a un doble campo: el civil —en que, según Gernhuber, los padres han de evitar un cuádruple daño, el causado por el propio hijo en su integridad física y patrimonial, el causado por el hijo a un tercero (que comporta el «*Schadensersatzpflicht*»), el causado por el tercero al hijo (que lleva consigo la responsabilidad solidaria de aquél y los padres, si éstos han incumplido su función de vigilancia) y el causado por los propios padres al hijo, situación favorecida por el «*Haftungsprivileg*» del párrafo 1.664: «los padres sólo han de responder frente al hijo, en el ejercicio del cuidado paterno, de aquella diligencia que suelen emplear en los asuntos propios»—, y el campo penal, que implica la obligación de evitar los actos delictivos del hijo; según el párrafo 832, «quien en virtud de la ley está obligado a la vigilancia de una persona que

necesita de dirección a causa de su menor edad o de su estado mental o corporal, está también obligado a la indemnización del daño que esta persona cause antijurídicamente a un tercero. La obligación de indemnización no tiene lugar si ha cumplido su deber de vigilancia o si, caso de no haberlo cumplido, el daño se hubiese producido incluso con la vigilancia adecuada».

4. A tenor del inciso final del apartado 1.º del parágrafo 1.631, el cuidado personal comprende especialmente el derecho y el deber de determinar la residencia del hijo. En su virtud, pueden los padres confiar al hijo a un tercero —internado, sanatorio infantil—; si tal medida implica privación de libertad, debe tenerse en cuenta el parágrafo 1.631 b antes examinado. Un caso especial es la entrega del hijo en «*Familienpflege*» o «acogimiento familiar», regulado en los párrafos 27 y siguientes de la Ley de Beneficencia Juvenil («*Gesetz für Jugendwohlfahrt*») de 25 de abril de 1977, y respecto de la cual establece el parágrafo 1.630 del BGB que «si los padres entregan al hijo para largo tiempo en acogimiento familiar, el Tribunal de Tutelas podrá, a su instancia, trasladar el cuidado paterno al afiliante. En tanto el Tribunal de Tutelas efectúa el traslado, tiene el afiliante los derechos y deberes de un curador».

En virtud de la misma facultad de determinar la residencia del hijo, pueden los padres reclamar la restitución de éste al hogar familiar, de cualquier tercero que lo custodie. Cada uno de los padres puede, por sí mismo, dirigirse al Tribunal de Tutelas para obtener la entrega del hijo, según el parágrafo 1.632. Según el último párrafo de este precepto, si el hijo ha vivido durante largo tiempo en acogimiento familiar, y los padres quieren separar al hijo del afiliante, podrá disponer el Tribunal de Tutelas, de oficio o a instancia del afiliante, que el hijo permanezca en poder de éste, siempre que se den los supuestos del parágrafo 1.666 —es decir, exista peligro en la convivencia— o lo aconsejen así los motivos o la duración del acogimiento familiar.

Un supuesto especial es el de reclamación de restitución dirigido por uno de los cónyuges contra el otro. Tal supuesto puede tener por base el divorcio de los padres con la consiguiente atribución de la patria potestad a uno de ellos (parágrafo 1.671), o la separación temporal con igual consecuencia (parágrafo 1.672), o la privación de la patria potestad (parágrafo 1.666 a), o la suspensión de la misma (parágrafo 1.675). Contemplando sin duda todos estos supuestos, declara el parágrafo 1.632 que la reclamación habrá de resolverse, no por el Tribunal de Tutelas, sino por el Tribunal Familiar.

5. Cabe distinguir, en materia de relaciones personales del hijo, dos cuestiones distintas: las relaciones del hijo con terceros y las relaciones del padre privado de patria potestad con el hijo.

En cuanto a las primeras, dispone el apartado 2.º del parágrafo 1.632 que «el cuidado personal comprende igualmente el dere-

cho de determinar las relaciones personales del hijo, también con efecto a favor y en contra de tercero»; la doctrina alemana mantiene en este punto un criterio riguroso, atribuyendo a los padres la facultad absoluta de excluir a determinadas personas del «trato, relaciones e intercambio epistolar con el hijo» (Beitzke). Se destaca, sin embargo, la obligación de respetar la intimidad del hijo, y se considera inadmisibles toda actividad paterna que exceda de esa facultad de exclusión personal que le atribuye la ley (como podría ser la lectura de un diario íntimo o la apertura de correspondencia).

En cuanto a las segundas, determina el párrafo 1.634 que «el padre al que no corresponda el cuidado personal conserva la facultad de tratar personalmente al hijo». La doctrina ha discutido la naturaleza de este residuo inviolable de la patria potestad, que subsiste a pesar de la privación de ésta. La Jurisprudencia alemana lo ha considerado en alguna ocasión como una derivación o emanación del parentesco de sangre («Ausfluss der Blutverwandtschaft»), tesis rechazada unánimemente por la doctrina, que se ha preocupado en demostrar que el derecho de trato personal no corresponde a los abuelos (entre otros muchos trabajos publicados durante la polémica, véanse: Darkow, «Haben Grosseltern ein Recht auf persönlichen Verkehr mit ihren Enkelkindern?», en «Juristische Rundschau», año 1963, pág. 333; Merkert, «Extensive interpretation des paragrafs 1.634 BGB?», en «Neue Juristische Wochenschrift», año 1964, pág. 1059; y Birk, «Das Verkehrsrecht der Grosseltern», en «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», año 1967, pág. 306). Otros autores, como Staudinger-Göppinger, Giesen y Strätz han hablado de un resto de la patria potestad («Rest des Personensorgerechts»), otros, como Beitzke (de un elemento del derecho natural de los padres sobre los hijos («Bestandteil des natürlichen Elternrechts»), y un último sector, finalmente, lo considera como una consecuencia de la relación social de paternidad («Folge der sozialen Elternschaft»); esta es la tesis de Simon.

La forma concreta de ejercitar este derecho de trato personal se deja al acuerdo de los padres; en defecto de éste, decidirá el Tribunal Familiar —según el párrafo 1.634, apartado 2.º—, previa audiencia de la Oficina de Protección de la Juventud (según el párrafo 48 de la Ley de Beneficencia Juvenil). Entiende la doctrina que, en tanto ejercite el padre privado de la patria potestad el derecho de trato personal, podrá también determinar las relaciones del hijo con los terceros. Complementario de este derecho «residual» que la legislación reserva al padre privado de la patria potestad es el derecho de información («Recht auf Auskunft») sobre las relaciones personales del hijo; este derecho reviste especial importancia en los casos en que el derecho de trato personal ha sido limitado o interrumpido por el Tribunal Familiar. La artificial distribución de materias entre este Tribunal y el de Tutelas se pone especialmente de manifiesto aquí:

mientras las diferencias en materia de «persönlicher Umgang» se solventan por el Tribunal Familiar, las cuestiones relativas al «Auskunftrecht» se dirimen por el Tribunal de Tutelas.

6. La educación religiosa del hijo se regula, imponiendo importantes limitaciones a los padres, en la ley especial de 1921:

a) Ninguno de los padres puede determinar, de forma unilateral, la religión del hijo. Es necesario el acuerdo de ambos; para el caso en que éste no pueda tener lugar, no hay solución concreta en la citada ley, pero de su parágrafo 2.º se desprende que no puede determinarse tal religión por el Tribunal de Tutelas, que sí podrá, sin embargo, atribuir la facultad decisoria a uno de los progenitores.

b) En el caso de que el menor esté bajo tutela, el tutor no podrá determinar la religión del hijo sin el consentimiento del Tribunal de Tutelas. Si los padres habían determinado con anterioridad la religión del hijo, el tutor no podrá, en ningún caso, alterar tal determinación.

c) Desde los trece años no puede modificarse la religión del hijo sin su consentimiento; desde los quince años puede determinar el hijo su propia religión.

d) Para todas las cuestiones relativas a la religión del hijo es competente el Tribunal de Tutelas, que sólo actuará a instancia de los interesados, y que habrá de oír en todo caso, a los padres, parientes, profesores y al propio menor si ha cumplido los diez años.

El cuidado patrimonial («Vermögenssorge») supone la obligación paterna de administrar el patrimonio del hijo. De tal administración están sustraídos, por una parte, los bienes transmitidos al hijo por causa de muerte, o inter vivos a título gratuito, con expresa exclusión de tal facultad paterna, y por otra parte, las ganancias laborales del hijo que éste, en la medida de su capacidad, pueda administrar.

Los padres tienen, en virtud del cuidado patrimonial, la posesión de los bienes pertenecientes al hijo. Algunos autores matizan, y consideran a los padres poseedores inmediatos («unmittelbare Besitzer») y al hijo poseedor mediato («mittelbarer Besitzer»); en el caso de que determinados bienes se transmitan al hijo para su uso, los autores consideran a éste como servidor de la posesión de sus propios bienes, respecto de los padres («Besitzdiener der Eltern an den eigenen Sachen»).

El Código civil no impone normas concretas de administración, sino más bien limitaciones a esta facultad. No obstante, cabe incluir dentro de las primeras la obligación de respetar las instrucciones del donante (parágrafo 1.639) y la obligación de cumplir las bases de una administración patrimonial económica (parágrafo 1.642). Las limitaciones que el BGB impone a la administración paterna son las siguientes:

a) Si los padres explotan el patrimonio del hijo en su propio interés, están obligados a indemnizarle de los perjuicios que le causen (parágrafo 1.664).

b) Los padres sólo pueden realizar donaciones de ese patrimonio, si responden a un deber moral o una atención exigida por el decoro (parágrafo 1.641).

c) El padre o la madre no pueden representar al hijo cuando, según el parágrafo 1.795, esté excluido el tutor de la representación del pupilo. Y dispone el citado precepto que el tutor no puede representar al pupilo: 1.º, en un negocio jurídico entre su cónyuge o uno de sus parientes en línea recta por una parte y el pupilo de otra, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación; 2.º, en un negocio jurídico que tenga por objeto la transmisión o gravamen de un crédito del pupilo contra el tutor asegurado con derecho de prenda, hipoteca o fianza, o la supresión o aminoración de esta seguridad, o que origine la obligación del pupilo a tal transmisión, gravamen, supresión o aminoración; y 3.º, en un litigio entre las personas designadas en el número primero, así como en un litigio sobre un asunto de la clase señalada en el número segundo.

d) Los padres ven también limitada su facultad representativa en los casos de negocios que tengan por objeto bienes del hijo y se celebren exclusivamente entre uno de ellos o ambos y el hijo representado, o entre dos hijos igualmente representados. El parágrafo 181 BGB, que prohíbe la autocontratación («Insichgeschäft»), dispone concretamente que «un representante no puede, en tanto que otra cosa no le sea permitida, celebrar en nombre del representado consigo mismo en nombre propio o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación».

e) Finalmente, se requiere la autorización del Tribunal de Tutelas en los casos de los parágrafos 1.643, 1.821 y 1.822: para negocios sobre inmuebles y buques, y derechos que recaigan sobre los mismos; para contratos de sociedad, y contratos que impongan prestaciones al hijo después de cumplidos los diecinueve años; para tomar dinero a préstamo, emitir obligaciones, asumir deudas ajenas, y para afianzar. Tampoco pueden los padres iniciar una nueva actividad comercial en nombre del hijo sin autorización del Tribunal de Tutelas, según el parágrafo 1.645.

Los bienes muebles adquiridos por los padres con dinero del hijo pasan a ser propiedad de éste. El principio de subrogación del parágrafo 1.646 no se extiende a los bienes inmuebles, porque, como observa Beitzke, los libros registrales determinarán en cada caso para quien se efectuó la adquisición.

El BGB, en su redacción originaria, atribuía al padre —en los parágrafos 1.649 a 1.663— un derecho de usufructo sobre el patrimonio del hijo; la reforma de 1 de abril de 1953 extendió su titularidad a la madre. Este usufructo paterno no era un usufruc-

to ordinario o convencional —«Niessbrauch»—, sino un usufructo especial o legal —«Nutzniessungsrecht—, o un derecho de disfrute de naturaleza análoga al usufructo —«niessbrauchsähnliches Nutzungsrecht»—. Por entender el legislador que este derecho paterno podía perjudicar en algunos casos al menor, lo suprimió en 1958. Hoy, el parágrafo 1.649 se limita a indicar el destino de los frutos o rentas del patrimonio del hijo: en primer lugar, han de aplicarse a satisfacer los gastos de administración de ese patrimonio y las cargas que pesen sobre el mismo; en segundo lugar, a la alimentación del hijo. Lo que exceda podrá destinarse a la propia alimentación de los padres o de los hermanos menores y solteros. La justificación de este último empleo de las rentas se desprende del propio precepto: facilitar un cierto equilibrio patrimonial en la familia, evitando que la opulencia de unos coexista con la pobreza de otros.

Las rentas obtenidas por el trabajo del hijo tienen un destino distinto, como se desprende del inciso final del apartado 1.º del parágrafo 1.649. A pesar del laconismo legal, cabe entender que tales ingresos se destinarán a la alimentación del hijo en cuanto no sean suficientes las rentas del patrimonio, pero nunca a satisfacer las necesidades paternas o fraternas.

Los padres sólo están obligados a rendir cuentas de la aplicación de las rentas o beneficios del patrimonio del hijo —según el parágrafo 1.698— cuando exista la sospecha de que tales rentas o beneficios se han aplicado de forma distinta a como determina el parágrafo 1.649.

La «Vermögenssorge», o cuidado patrimonial, termina al extinguirse la patria potestad, y en el caso especial de concurso del padre o de la madre. Además, éstos pueden ser privados del cuidado patrimonial en los supuestos contemplados en los párrafos 1.666 y 1.667: cuando «uno de los padres haya lesionado el derecho del hijo a la prestación de alimentos, y haya de procurarse para el futuro tal prestación de alimentos», y «si se pone en peligro el patrimonio del hijo por el hecho de que el padre o la madre incumplan las obligaciones unidas a la administración patrimonial o amenacen con incumplirlas o caigan en la ruina patrimonial». Si ambos padres están privados del cuidado patrimonial, se nombrará un tutor. En el caso de que sólo uno de ellos lo pierda, determinará el Tribunal de Tutelas si la «Vermögenssorge» se ejercerá por el otro exclusivamente, o juntamente con un tutor.

Las consecuencias de la terminación del cuidado patrimonial son análogas a las de la extinción del mandato: la restitución del patrimonio y la rendición de cuentas (compárese el parágrafo 1.698 con los párrafos 666 y 667); la obligación de continuar los negocios hasta que puedan asumirse por el hijo (compárese el parágrafo 1.698 con los 674 y 169).

El cuidado paterno respecto de los hijos extramatrimoniales corresponde exclusivamente a la madre, según el nuevo parágrafo

fo 1.705. Aun en el caso de que la paternidad sea reconocida o declarada judicialmente, el padre sólo adquirirá la patria potestad si contrae matrimonio con la madre y el hijo queda consiguientemente legitimado. El BGB, en su primitiva versión, no atribuía a la madre la patria potestad del hijo extramatrimonial, a pesar de los términos en que se expresaba el parágrafo 1.705 («el hijo ilegítimo tiene, en relación con la madre y los parientes de la madre, la posición jurídica del hijo legítimo»); sólo correspondía a la madre lo que la doctrina llamaba «*tatsächliche Personensorge*», que según el parágrafo 1.707 consistía en «el derecho y la obligación de cuidar de la persona del hijo». Todas las restantes funciones de guarda se encomendaban a un tutor, nombramiento que frecuentemente recaía en la madre.

Frente a la amplia atribución del derecho al trato personal que hace el parágrafo 1.634, concediéndolo incluso al progenitor que carece de la patria potestad, el parágrafo 1.711 establece una importante restricción: el padre sólo tiene esa facultad respecto del hijo extramatrimonial si así lo determina la madre o el tutor. El apartado 3.º le atribuye únicamente la facultad de pedir información sobre la situación del hijo, y ello con el doble condicionamiento del parágrafo 1.634, pues el 1.711 remite a él: que el padre tenga interés legítimo y el hijo no resulte perjudicado en su bienestar. El parágrafo 50 de la Ley sobre Actos de Jurisdicción Voluntaria impone además a los Tribunales la obligación de oír al padre antes de decidir sobre cuestiones que afecten al hijo extramatrimonial.

Tras la reforma de 1980, la figura del «*Beistand*», consejero o auxiliar de la madre —que se ha extraído de su contexto anterior, el capítulo dedicado a los hijos extramatrimoniales— ha quedado enormemente limitada, y caerá probablemente en desuso. Frente a su detallada regulación en la redacción originaria del Código —parágrafos 1.687 a 1.695—, el parágrafo 1.685 se limita a señalar que el Tribunal de Tutelas podrá nombrar al progenitor al que corresponda al cuidado paterno, el cuidado personal o el cuidado patrimonial, y a su instancia, un auxiliar; el parágrafo siguiente indica escuetamente como función de éste la de ayudar al padre o a la madre en el ejercicio del cuidado paterno.

La patria potestad se ejerce sobre los hijos mientras éstos son menores de edad (parágrafo 1.626). Si el hijo menor contrae matrimonio, la patria potestad se reduce, según el parágrafo 1.633, a la representación en los asuntos personales. En general, la patria potestad está sujeta a las siguientes limitaciones:

a) Determinados bienes pueden sustraerse a la administración paterna (1.638, 1.639); determinados contratos les están prohibidos a los padres (1.641); determinados actos están condicionados por el interés del hijo (1.629). En los supuestos de los parágrafos 1.666, 1.670, 1.680 y 1.690, la patria potestad o una de sus dos grandes parcelas: el cuidado personal y el cuidado patrimonial, pueden ser sustraídas a los padres.

b) Los contratos de naturaleza estrictamente personal han de ser concluidos por el hijo, y otros —como las capitulaciones matrimoniales o «Eheverträge»— sólo requieren la autorización de los padres.

c) Finalmente, determinados actos y negocios jurídicos a los que hemos hecho referencia a lo largo de este estudio (y algunos más, regulados en sede de otras instituciones, en los párrafos 1.821, 1.822, 1.484, 1.491...) requieren la aprobación del Tribunal de Tutelas.

Belchous distingue dos grupos de causas que determinan la extinción de la patria potestad: las que tienen su origen en la persona del hijo, y las que se centran en la persona de los padres. Entre las primeras incluye la mayoría de edad del hijo —que la Ley de 31 de julio de 1974 fijó en los dieciocho años—, la muerte del mismo y su adopción por un tercero —según el párrafo 1.755, reformado por la última ley de adopción de 1976—. Dentro de los segundos cabe englobar la muerte de los padres y su declaración de fallecimiento, así como, según el autor citado, los casos de separación y divorcio, que para Palandt-Diederichsen sólo producen a extinción parcial, y para Soergel-Lange únicamente la suspensión parcial: el progenitor al que el Tribunal Familiar no encomienda la patria potestad no pierde el derecho, sino únicamente su ejercicio.

Por último, la suspensión de la patria potestad se produce por las causas contempladas en los párrafos 1.673 y 1.674: incapacidad y limitación de la capacidad de uno de los padres, así como su imposibilidad de hecho para ejercerla, circunstancia que debe apreciar el Tribunal de Tutelas. Esta imposibilidad de hecho («tatsächliches Hindernis»), que provoca la suspensión de la patria potestad, no debe confundirse con el impedimento fáctico («tatsächliche Verhinderung») —contemplado en el párrafo 1.678—, que da lugar a una atribución legal, automática, íntegra y transitoria de la patria potestad al otro cónyuge, no exige una duración presumiblemente larga del obstáculo y no requiere apreciación alguna por parte del citado Tribunal.

TITULO V. CUIDADO PATERNO RESPECTO DE LOS HIJOS MATRIMONIALES

1.626. Cuidado paterno; atención a la creciente independencia del hijo.

1. El padre y la madre tienen el derecho y el deber de cuidar del hijo menor de edad («cuidado paterno»). El cuidado paterno comprende el cuidado de la persona del hijo («cuidado personal») y del patrimonio del hijo («cuidado patrimonial»).

2. En el cuidado y la educación atenderán los padres a la creciente capacidad y a la creciente necesidad del hijo de una actuación independiente y conscientemente responsable. Hablarán con el hijo, en tanto resulte indicado por el estado de su desarrollo, de las cuestiones del cuidado paterno e intentarán ponerse de acuerdo.

1.627. Ejercicio del cuidado paterno.

Los padres ejercerán el cuidado paterno bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo, en provecho del hijo. En casos de divergencias de opinión deben intentar ponerse de acuerdo.

1.628. Traslado del derecho de decisión a uno de los padres.

1. Si los padres no pueden ponerse de acuerdo en un asunto concreto o en un determinado tipo de asuntos relativos al cuidado paterno, cuya regulación sea de considerable importancia para el hijo, podrá el Tribunal de Tutelas, a instancia de uno de los padres, trasladar la decisión a uno de ellos, siempre que esto convenga al bienestar del hijo. El traslado podrá ir unido a limitaciones o condiciones.

2. Antes de la decisión, deberá procurar el Tribunal de Tutelas que los padres se pongan de acuerdo en una adecuada regulación en provecho del hijo.

1.629. Representación del hijo.

1. El cuidado paterno del hijo comprende la representación del hijo. Los padres representan al hijo conjuntamente; si debe emitirse una declaración de voluntad respecto del hijo, es suficiente la realizada por uno de los padres. Uno de los padres representa sólo al hijo, en tanto ejerza sólo el cuidado paterno o se le haya trasladado —la facultad de— decisión según el párrafo 1.628, apartado 1.º.

2. Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo, cuando según el párrafo 1.795, está excluido un tutor de la representación del mismo. Si los padres viven separados o se ha solicitado el divorcio, puede el padre, bajo cuya custodia se encuentre el hijo, si no se ha establecido una regulación del cuidado de la persona de éste, hacer valer las reclamaciones de alimentos del hijo contra el otro progenitor. El Tribunal de Tutelas puede privar al padre y a la madre de la representación según el párrafo 1.796.

3. Si se ha solicitado el divorcio, puede uno de los padres, en tanto esté pendiente el juicio, hacer valer la reclamación de alimentos del hijo.

contra el otro cónyuge sólo en nombre propio. La sentencia obtenida por uno de los padres o la conciliación judicial por acuerdo entre los dos surten también efecto a favor y en contra del hijo.

1.630. Limitación del cuidado paterno en caso de constitución de la curatela; acogimiento familiar.

1. El cuidado paterno no se extiende a aquellos asuntos del hijo, para los cuales se haya designado un curador.

2. Si incumbe el cuidado personal o el cuidado patrimonial a un curador, decidirá el Tribunal de Tutelas en el caso de que los padres y el curador no se pongan de acuerdo en un asunto que afecte tanto a la persona como al patrimonio del hijo.

3. Si los padres entregan al hijo para largo tiempo en acogimiento familiar, el Tribunal de Tutelas podrá, a su instancia, trasladar el cuidado paterno al afiliante. En tanto el Tribunal de Tutelas efectúa el traslado, tiene el afiliante los derechos y deberes de un curador.

1.631. Contenido del derecho de cuidado personal; limitación de las medidas educativas.

1. El cuidado personal comprende especialmente el derecho y el deber de cuidar, educar, vigilar y determinar la residencia del hijo.

2. Las medidas educativas humillantes son inadmisibles.

3. El Tribunal de Tutelas auxiliará a los padres a instancia de los mismos en el ejercicio del cuidado paterno en los casos oportunos.

1.631 a. Instrucción y profesión.

1. En los asuntos relativos a la instrucción y la profesión del hijo tendrán especialmente en cuenta los padres la aptitud e inclinación del hijo. Si existen dudas, se pedirá el consejo de un profesor o de otra persona adecuada.

2. Si los padres no tienen en cuenta, manifiestamente, la aptitud e inclinación del hijo, y puede fundarse en ello la sospecha de que el desarrollo del hijo resultará perjudicial y gravemente afectado, decidirá el Tribunal de Tutelas. El Tribunal puede sustituir las necesarias declaraciones de los padres o de uno de ellos.

1.631 b. Internamiento del hijo.

Un internamiento del hijo que lleve consigo privación de libertad sólo es admisible con autorización del Tribunal de Tutelas. Sin la autorización sólo es admisible el internamiento cuando la demora lleve consigo peligro; la autorización debe obtenerse inmediatamente. El Tribunal revocará la autorización cuando el bienestar del hijo no exija ya el internamiento.

1.632. Reclamación de la restitución del hijo; determinación de las relaciones personales.

1. El cuidado personal comprende el derecho de reclamar la restitución del hijo, de cualquiera que lo retenga ilegítimamente contra los padres o uno de ellos.

2. El cuidado personal comprende igualmente el derecho de determinar las relaciones personales del hijo, también con efecto a favor y en contra de tercero.

3. En litigios que versen sobre asuntos de los contemplados en los apartados 1.º y 2.º, decide el Tribunal de Tutelas a instancia de uno de los padres; si reclama uno de los padres que el hijo le sea restituido por el otro, decidirá sobre ello el Tribunal Familiar.

4. Si el hijo ha vivido durante largo tiempo en acogimiento familiar, y los padres quieren separar al hijo del afiliante, podrá disponer el Tribunal de Tutelas, de oficio o a instancia de éste, que el hijo permanezca con él, cuando para tal disposición se den los supuestos del parágrafo 1.666, apartado 1.º, inciso 1.º, y, en especial, teniendo en cuenta el motivo o la duración del acogimiento familiar.

1.633. Limitación del cuidado personal por matrimonio.

El cuidado personal respecto de un menor que esté casado, o lo haya estado con anterioridad, se limita a la representación en los asuntos personales.

1.634. Derecho a la relación personal con el hijo; información.

1. El progenitor al que no corresponda el cuidado personal, conserva la facultad de relación personal con el hijo. El progenitor al que no corresponda el cuidado personal, y el facultado para ejercerlo, habrán de evitar el hacer todo aquello que perjudique las relaciones entre el hijo y el otro progenitor, o dificulte la educación.

2. El Tribunal Familiar podrá regular con más detalle el ámbito de la facultad y su ejercicio, incluso respecto de terceros; en tanto no adopte ninguna disposición, ejercerá el derecho, mientras dure la relación, el progenitor no facultado para el cuidado personal, según el parágrafo 1.632, apartado 2.º. El Tribunal Familiar podrá limitar la facultad o excluirla cuando así lo exija el bienestar del hijo.

3. El progenitor al que no corresponda el cuidado personal puede, si existe interés legítimo, solicitar informes al facultado para ejercerla sobre las relaciones personales del hijo, siempre que la emisión de aquéllos sea compatible con el bienestar del hijo. En los conflictos que afecten al derecho de información decidirá el Tribunal de Tutelas.

4. Si corresponde a ambos padres el cuidado personal, y éstos viven no sólo temporalmente separados, rigen analógicamente las anteriores disposiciones.

1.635 a 1.637 (derogados).

1.638. Limitación del cuidado patrimonial.

1. El cuidado patrimonial no se extiende al patrimonio que el hijo adquiriera por causa de muerte, o que se le transmita entre vivos a título gra-

tuito, cuando el testador en su disposición de última voluntad o el transmitente en su atribución determinen que los padres no deben administrar el patrimonio.

2. Lo que el hijo adquiera en virtud de algún derecho perteneciente a tal patrimonio, o como indemnización por la destrucción, deterioro o sustracción de un objeto perteneciente a aquél, o por medio de un negocio jurídico que se refiera a ese patrimonio, no puede tampoco ser administrado por los padres.

3. Si a través de la disposición de última voluntad o de la atribución se determina que el patrimonio no debe ser administrado por uno de los padres, lo administrará el otro. Para ello representará éste al hijo.

1.639. Limitación del cuidado patrimonial por determinación de tercero.

1. Lo que el hijo adquiera por causa de muerte o se le transmita entre vivos a título gratuito deben administrarlo los padres según las instrucciones establecidas en la disposición de última voluntad o en la atribución. Si los padres no cumplen las instrucciones, el Tribunal de Tutelas ha de adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento.

2. Los padres pueden separarse de las instrucciones en tanto ello le esté permitido a un tutor según el parágrafo 1.803, apartados 2.º y 3.º.

1.640. Deber de formar un inventario patrimonial.

1. Los padres han de inventariar el patrimonio que está bajo su administración y que el hijo haya adquirido por causa de muerte, dotar al inventario con el aseguramiento de su exactitud e integridad y presentarlo al Tribunal de Tutelas. Lo mismo rige respecto del patrimonio que el hijo adquiera en otro caso con motivo de un fallecimiento, así como respecto de las compensaciones que se concedan en lugar de alimentos, y de atribuciones gratuitas.

2. El apartado 1.º no se aplica:

1. Cuando el valor de la adquisición patrimonial no sobrepase los 10.000 marcos alemanes; o

2. En la medida en que el testador en la disposición de última voluntad o el transmitente en la atribución hayan establecido una instrucción diferente.

3. Si los padres no realizan un inventario, contra lo dispuesto en los apartados 1.º y 2.º, o es insuficiente el inventario realizado, puede ordenar el Tribunal de Tutelas que el inventario sea formulado por una autoridad competente, o un funcionario o Notario competente.

4. Si la orden que contiene el apartado 3.º se prevé que no va a tener éxito, el Tribunal de Tutelas puede privar del cuidado patrimonial al progenitor que no haya cumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a los apartados 1.º y 2.º.

1.641. Prohibición de donaciones.

Los padres no pueden hacer donaciones en representación del hijo. Se exceptúan las donaciones con que se responda a un deber social o en que se atienda al decoro.

1.642. Inversión de dinero.

Los padres deben invertir el dinero del hijo sujeto a su administración según las bases de una administración patrimonial económica, en cuanto no deba emplearse para el pago de gastos.

1.643. Negocios jurídicos que requieren autorización.

1. Para celebrar negocios jurídicos para el hijo requieren los padres la autorización del Tribunal de Tutelas en los casos en que, según los párrafos 1.821 y 1.822, números 1.º, 3.º, 5.º y 8.º a 11, el tutor necesita la autorización.

2. Lo mismo rige para la repudiación de una herencia o de un legado, así como para la renuncia de una legítima. Si el hijo entra en la sucesión sólo a consecuencia de la repudiación de uno de los padres, que represente al hijo por sí solo o conjuntamente con el otro, únicamente es necesaria la autorización, si éste fue llamado junto con el hijo.

3. Las disposiciones de los párrafos 1.825, 1.828 a 1.831 se aplicarán analógicamente.

1.644. Cesión de los bienes al hijo.

Los padres no pueden ceder al hijo, para el cumplimiento de un contrato concluido por él o para su libre disposición, los objetos que ellos sólo puede enajenar con la autorización del Tribunal de Tutelas, sin esta autorización.

1.645. Nueva actividad comercial.

Los padres no pueden iniciar ninguna actividad comercial en nombre del hijo sin autorización del Tribunal de Tutelas.

1.646. Adquisición con recursos de los hijos; subrogación.

1. Si los padres adquieren bienes muebles con recursos del hijo, con la adquisición pasa la propiedad al hijo, a no ser que los padres no quieran adquirir por cuenta del hijo. Esto rige especialmente también respecto de títulos al portador o a la orden, que estén provistos de endoso en blanco.

2. Las disposiciones del apartado 1.º se aplicarán analógicamente cuando los padres adquieran, con recursos del hijo, un derecho sobre cosas de la naturaleza indicada, u otros derechos para cuya transmisión sea suficiente el contrato de cesión.

1.647. (Derogado).

1.648. Reintegración por gastos.

Si los padres, en el ejercicio del cuidado personal o del cuidado patrimonial, realizan gastos que, según las circunstancias, puedan considerarse necesarios, podrán exigir del hijo la reintegración, en tanto que los gastos no pesen sobre ellos mismos.

1.649. Aplicación de las rentas del patrimonio del hijo.

1. Las rentas del patrimonio del hijo que no se necesiten para la ordenada administración de ese patrimonio, se aplicarán a la alimentación del hijo.

En cuanto no alcancen las rentas del patrimonio, pueden aplicarse las ganancias que el hijo obtenga por su trabajo o por el ejercicio independiente de una actividad comercial, que le permite el parágrafo 112.

2. Los padres pueden aplicar las rentas del patrimonio, que no se necesitan para la ordenada administración del mismo ni para la alimentación del hijo, a su propia alimentación y a la alimentación de los hermanos menores y solteros del hijo, siempre que ello resulte equitativo, teniendo en cuenta las relaciones entre los patrimonios y las ganancias de los interesados. Esta facultad se extingue con el matrimonio del hijo.

1.650 a 1.663. (Derogados).

1.664. Responsabilidad de los padres.

1. Los padres sólo han de responder frente al hijo, en el ejercicio del cuidado paterno, de aquella diligencia que suelen emplear en los asuntos propios.

2. Si ambos padres son responsables de un daño, responden como deudores solidarios.

1.665. Peligro del bienestar del hijo.

Si se pone en peligro el bienestar corporal, espiritual o psíquico del hijo por ejercicio abusivo del cuidado paterno, por desatención al hijo o por fallo no culpable de los padres, o por la conducta de un tercero, el Tribunal de Tutelas tomará las medidas necesarias para la prevención del peligro, cuando los padres no estén dispuestos o estén en situación de evitarlo. El Tribunal puede también tomar medidas que produzcan efecto contra un tercero.

2. El Tribunal puede sustituir las declaraciones de los padres o de uno de ellos.

3. El Tribunal puede también privar del cuidado patrimonial a uno de los padres, cuando éste haya lesionado el derecho del hijo a la prestación de alimentos, y haya de procurarse para el futuro una prestación de alimentos.

1.666 a. Separación del hijo de la familia de sus padres; privación del cuidado paterno en su totalidad.

1. Las medidas que lleven consigo la separación del hijo de la familia de sus padres sólo son procedentes cuando el peligro no pueda ser prevenido de otra forma, ni aún con auxilio público.

2. El cuidado personal sólo debe ser sustraído en su totalidad, cuando otras medidas hayan resultado ineficaces o cuando pueda suponerse que éstas no bastan para la prevención del peligro.

1.667. Peligro del patrimonio del hijo.

1. Si se pone en peligro el patrimonio del hijo por el hecho de que el padre o la madre incumplan las obligaciones ligadas a la administración patrimonial o amenacen con incumplirlas o caigan en la ruina patrimonial, el Tribunal de Tutelas adoptará las medidas necesarias para la prevención del peligro.

2. El Tribunal de Tutelas puede ordenar que los padres presenten un inventario del patrimonio del hijo y rindan cuentas de la administración. Los padres han de dotar al inventario con el aseguramiento de su exactitud e integridad. Si el inventario presentado es insuficiente, puede ordenar el Tribunal de Tutelas que el inventario sea formulado por una autoridad competente o por un funcionario o Notario competente.

3. El Tribunal de Tutelas puede ordenar que el dinero del hijo sea invertido en una forma determinada, y que para la retirada sea necesaria su autorización. Si pertenecen títulos valores, objetos preciosos o créditos en cuenta contra el Estado Federal o un Estado Federado al patrimonio del hijo, el Tribunal de Tutelas puede imponer al progenitor, que represente al hijo, las mismas obligaciones que incumben a un tutor según los párrafos 1.814 a 1.816 y 1.818; los párrafos 1.819 y 1.820 se aplican análogamente.

4. El Tribunal de Tutelas puede imponer al progenitor que ponga en peligro el patrimonio del hijo, la prestación de seguridad respecto del patrimonio del hijo sometido a su administración. El modo y el ámbito de la prestación de seguridad lo determinará a su arbitrio el Tribunal de Tutelas. En la constitución y supresión de la seguridad, la colaboración del hijo se sustituirá por la disposición del Tribunal de Tutelas. La prestación de seguridad sólo puede ser impuesta a través de las medidas del párrafo 5.

5. El Tribunal de Tutelas puede privar total o parcialmente del cuidado patrimonial al padre que ponga en peligro el patrimonio del hijo, cuando esto sea necesario para prevenir el peligro que afecte al patrimonio del hijo.

6. Los gastos de las medidas ordenadas los soportará el progenitor que los haya causado.

1.668. Notificación de concurso o de convenio con los acreedores.

De una solicitud de incoación de procedimiento concursal o de suspensión de pagos, así como de una solicitud realizada según el párrafo 807 ZPO, que afecte a los padres o a uno de ellos, debe notificar el Tribunal competente al Tribunal de Tutelas.

1.669. (Derogado).

1.670. Concurso.

1. El cuidado patrimonial del progenitor termina con la incoación de procedimiento concursal respecto de su patrimonio; si el propio progenitor solicita la incoación del procedimiento concursal sobre su patrimonio, termina su cuidado patrimonial ya desde el momento de la presentación de la solicitud de concurso.

2. Si termina el procedimiento concursal o es rechazada la solicitud de incoación —presentada— por el padre, el Tribunal de Tutelas puede transmitir de nuevo al mismo el cuidado patrimonial, siempre que ello no se oponga a los intereses del patrimonio del hijo.

1.671. El cuidado paterno tras el divorcio de los padres.

1. Si tiene lugar el divorcio de los padres, determinará el Tribunal Familiar a cuál de ellos corresponde el cuidado paterno respecto de un hijo común.

2. El Tribunal adoptará la regulación que mejor corresponda al bienestar del hijo; para ello deben tenerse en cuenta las vinculaciones del hijo, especialmente respecto de sus padres y hermanos.

3. El Tribunal sólo debe apartarse de una propuesta —hecha— de común acuerdo por los padres, cuando ésta no sea conforme con el bienestar del hijo. Si el hijo, que haya cumplido los catorce años, hace una propuesta diferente, decidirá el Tribunal según el apartado 2.º.

4. El cuidado paterno podrá transmitirse a uno solo de los padres. Si lo exigen así los intereses patrimoniales del hijo, podrá transmitirse en todo o en parte el cuidado patrimonial al otro.

5. El Tribunal puede encomendar el cuidado personal y el cuidado patrimonial a un tutor o un curador, cuando esto sea necesario para prevenir un peligro para el bienestar del hijo. Debe nombrarse un curador al hijo para la reclamación de prestaciones de alimentos, cuando esto sea necesario para su bienestar.

6. Las disposiciones anteriores rigen analógicamente cuando el matrimonio de los padres sea declarado nulo.

1.672. Cuidado paterno en caso de vida separada de los padres.

Si los padres viven no sólo temporalmente separados, rige analógicamente el parágrafo 1.671, apartados 1.º a 5.º. El Tribunal decide a instancia de uno de los padres; decide de oficio, cuando de lo contrario el bienestar del hijo corra peligro y los padres no estén dispuestos o no estén en situación de prevenir el peligro.

1.673. Suspensión del cuidado paterno por impedimento jurídico.

1. El cuidado paterno se suspende —respecto— de uno de los padres, cuando éste es incapaz de celebrar negocios jurídicos.

2. Lo mismo rige cuando el progenitor tiene limitada su capacidad negocial, o cuando, según el parágrafo 1.910, apartado 1.º, ha recibido un tutor para su persona y su patrimonio. El cuidado personal del hijo le corresponde junto con el representante legal del mismo; para la representación del hijo no está facultado. En caso de diversidad de opiniones prevalece la opinión del representante legal, a no ser que el cuidado paterno esté en suspenso por minoría de edad. Si el representante legal es un tutor o curador, prevalece la opinión del progenitor menor de edad; en caso contrario rigen los párrafos 1.627, inciso 2.º, y 1.628.

1.674. Suspensión por impedimento de hecho.

1. El cuidado paterno se suspende —respecto— de uno de los padres, cuando el Tribunal de Tutelas constata que durante largo tiempo no podrá ejercitarse de hecho.

2. El cuidado paterno se recupera cuando el Tribunal de Tutelas constata que ya no subsiste el fundamento de la suspensión.

1.675 Efecto de la suspensión.

Mientras está en suspenso el cuidado paterno, no está facultado el progenitor para ejercerlo.

1.676. (Derogado).

1.677. Declaración del fallecimiento de un progenitor.

El cuidado paterno de un progenitor termina cuando es declarado fallecido, o se ha determinado el tiempo de su fallecimiento según las disposiciones de la Ley de Ausencia, con el momento que vale como momento de la muerte.

1.678. Ejercicio exclusivo por impedimento de hecho o por suspensión.

1. Si uno de los padres está impedido de hecho para ejercer el cuidado paterno, o está en suspenso su cuidado paterno, ejercitará el otro el cuidado paterno con exclusividad; esto no rige cuando el cuidado paterno se haya transmitido a uno de los padres según los parágrafos 1.671 y 1.672.

2. Si está en suspenso el cuidado paterno de uno de los padres, al que se le hubiese transmitido según los parágrafos 1.671 y 1.672, y no hay perspectiva de que desaparezca el fundamento de la suspensión, el Tribunal de Familia transmitirá el cuidado paterno al otro progenitor, a no ser que ello se oponga al bienestar del hijo.

1.679. (Derogado).

1.680. Privación del cuidado paterno.

Si se priva a uno de los padres del cuidado paterno en su totalidad, del cuidado personal o del cuidado patrimonial, el otro progenitor lo ejercerá por sí solo. El Tribunal de Tutelas tomará una decisión distinta cuando así lo exija el bienestar del hijo. Si termina el cuidado patrimonial de uno de los padres según el parágrafo 1.670, el Tribunal de Tutelas ordenará que corresponda el cuidado patrimonial al otro progenitor exclusivamente, a no ser que ésto se oponga al interés del hijo. Antes de la decisión del Tribunal de Tutelas no puede ejercitar el otro progenitor el cuidado patrimonial.

2. Si se priva a uno de los padres del cuidado paterno en su totalidad, del cuidado personal o del cuidado patrimonial, que le fue transmitido según los parágrafos 1.671 y 1.672, o termina su cuidado patrimonial según el parágrafo 1.670, el Tribunal de Tutelas lo encomendará al otro progenitor, a no ser que ello se oponga al bienestar del hijo. De lo contrario nombrará un tutor o un curador.

1.681. Muerte de uno de los padres.

Si ha muerto uno de los padres, corresponde el cuidado paterno al otro exclusivamente. Si el progenitor fallecido estaba facultado para el cuidado según los parágrafos 1.671 y 1.672, el Tribunal de Tutelas encomendará el cuidado paterno al progenitor sobreviviente, a no ser que esto se oponga al bienestar del hijo. Una tutela o curatela —que se hubiese constituido— según el parágrafo 1.671, apartado 5.º, o según el parágrafo 1.672, inciso 1.º, en relación con el parágrafo 1.671, apartado 5.º, se mantendrá subsistente hasta que sea suprimida por el Tribunal.

1.682. (Derogado).

1.683. Inventario del patrimonio en caso de nuevas nupcias.

1. Si los padres del hijo no están casados, o no lo están ya entre sí, y quiere el progenitor al que corresponda el cuidado paterno contraer matrimonio con un tercero, lo anunciará al Tribunal de Tutelas, presentará a su costa un inventario del patrimonio del hijo, y en cuanto exista comunidad patrimonial entre él y el hijo, aportará la liquidación.

2. El Tribunal de Tutelas puede permitir que la liquidación se practique después de la celebración del matrimonio.

3. El Tribunal de Tutelas puede permitir además que la liquidación en todo o en parte no se realice, siempre que ello no se oponga a los intereses patrimoniales del hijo.

4. Si el padre no cumple las obligaciones que le incumben según las disposiciones anteriores, podrá privarle el Tribunal de Tutelas del cuidado patrimonial.

1.684. (Derogado).

1.685. Nombramiento de un auxiliar.

1. El Tribunal de Tutelas ha de nombrar al progenitor al que corresponda el cuidado paterno, el cuidado personal o el cuidado patrimonial, y a su instancia, un auxiliar.

2. El auxiliar puede ser nombrado para todos los asuntos, para determinado tipo de asuntos o para asuntos concretos.

1.686. Atribuciones del auxiliar.

El auxiliar debe ayudar, dentro de su círculo de acción, al padre o a la madre en el ejercicio del cuidado paterno.

1.687 y 1.688. (Derogado).

1.689. Recepción de un inventario patrimonial.

Si ha de presentarse un inventario patrimonial, a la recepción del mismo ha de asistir el auxiliar; el inventario ha de dotarse también por el auxiliar con el aseguramiento de su exactitud e integridad. Si el inventario es insuficiente, el Tribunal de Tutelas ordenará, si no se dan los supuestos del párrafo 1.667, que el inventario se formalice por una autoridad competente, o por un funcionario o Notario competente.

1.690. Reclamación de derechos de alimentos; cuidado patrimonial.

1. El Tribunal de Tutelas puede transmitir al auxiliar, a instancia del padre o de la madre, la —facultad de— reclamación de los derechos de alimentos y el cuidado patrimonial; el cuidado patrimonial puede también transmitirse en parte.

2. El auxiliar tiene, hasta que el Tribunal de Tutelas proceda a realizar la transmisión, los derechos y deberes de un curador. En estos asuntos ha de ponerse en contacto con el progenitor para el que ha sido nombrado.

1.691. Situación jurídica del auxiliar.

1. Para el nombramiento y vigilancia del auxiliar, para su responsabilidad y sus reclamaciones, para la remuneración que se le ha de conceder y para la terminación de su cargo, rigen las mismas disposiciones que tratándose de un protutor.

2. El cargo de auxiliar termina también cuando se suspende el cuidado paterno del progenitor para el que ha sido nombrado.

1.692. Supresión del auxilio.

El Tribunal de Tutelas sólo debe revocar el nombramiento del auxiliar y la transmisión del cuidado patrimonial al mismo, con el consentimiento del progenitor para el que ha sido nombrado.

1.693. Intervención del Tribunal de Tutelas.

Si los padres están impedidos de ejercer el cuidado paterno, el Tribunal de Tutelas habrá de adoptar las medidas necesarias en interés del hijo.

1.694 y 1.695. (Derogados).

1.696. Modificación de las disposiciones del Tribunal de Tutelas y del Tribunal Familiar.

1. El Tribunal de Tutelas y el Tribunal Familiar pueden, en todo tiempo, mientras dure el cuidado paterno, modificar sus disposiciones, cuando esto lo consideren necesario en interés del hijo.

2. Se suprimirán las medidas —tomadas— según los párrafos 1.666 y 1.677 y según el párrafo 1.671 apartado 5.º, cuando deje de existir peligro para el bienestar del hijo.

3. Las medidas de larga duración —tomadas— según los párrafos 1.666 y 1.667 y según el párrafo 1.671, apartado 5.º, han de ser revisadas por el Tribunal en períodos de tiempo convenientes.

1.697. (Derogado).

1.698. Restitución del patrimonio y rendición de cuentas.

1. Si termina o se suspende el cuidado paterno de los padres o cesa por otra causa su cuidado patrimonial, han de restituir el patrimonio al hijo, y a solicitud, rendir cuentas de la administración.

2. Respecto de los frutos del patrimonio del hijo, sólo necesitan rendir cuentas cuando el fundamento de la sospecha consista en que han empleado los frutos contra las disposiciones del párrafo 1.649.

1.698 a. Continuación de los negocios tras la terminación del cuidado paterno.

1. Los padres deben continuar los negocios ligados al cuidado personal y el cuidado patrimonial del hijo, hasta que adquieran conocimiento de la terminación del cuidado paterno, o puedan adquirirlo. Un tercero no puede alegar esta facultad si —al tiempo de— la celebración de un negocio jurídico conoce o puede conocer la terminación.

2. Estas disposiciones se aplicarán analógicamente cuando el cuidado paterno esté en su suspenso.

1.698 b. Gestión de los negocios por muerte del hijo.

Si termina el cuidado paterno por la muerte del hijo, los padres han de gestionar los negocios que no puedan aplazarse sin peligro, hasta que el heredero pueda ulteriormente adoptar cuidados.

1.699 a 1.704. (Derogados).

TITULO VI. CUIDADO PATERNO RESPECTO DE LOS HIJOS NO MATRIMONIALES

1.705. Cuidado paterno de la madre.

El hijo no matrimonial está, mientras es menor de edad, bajo el cuidado paterno de la madre. Las disposiciones sobre el cuidado paterno de los hijos matrimoniales rigen analógicamente en la relación entre el hijo no matrimonial y su madre, en cuanto no resulte otra cosa de las disposiciones de este título.

1.706. Funciones de un curador del hijo.

El hijo, en tanto no necesite un tutor, obtendrá un curador para el cuidado de los siguientes asuntos:

1. Para la determinación de la paternidad y todos los demás asuntos que se refieran a la determinación o modificación de la relación paterno-filial o del apellido del hijo.

2. Para la efectividad de los derechos de alimentos, inclusive las reclamaciones de una compensación que deba concederse en lugar de los alimentos, así como la disposición sobre las mismas; si el hijo está bajo el cuidado remunerado de un tercero, está facultado el curador para resarcir al tercero a cargo del obligado a satisfacer los alimentos.

3. La regulación de los derechos hereditarios y legitimarios que correspondan al hijo en caso de muerte del padre y sus parientes.

1.707. Derecho de solicitud de la madre.

A instancia de la madre, el Tribunal de Tutelas ha de:

1. Ordenar que no se constituya la curatela.
2. Ordenar que se extinga la curatela.
3. Limitar la esfera de actuación del curador.

Se accederá a la solicitud cuando la orden solicitada no sea contraria al bienestar del hijo. El Tribunal de Tutelas puede modificar su decisión cuando esto sea requerido por el bienestar del hijo.

1.708. Nombramiento de curador antes del nacimiento.

Ya antes del nacimiento del hijo puede el Tribunal de Tutelas nombrar un

curador para el cuidado de los asuntos mencionados en el párrafo 1.706. El nombramiento surtirá efecto con el nacimiento del hijo.

1.709. La Oficina de Protección de la Juventud como curador.

Con el nacimiento del hijo será curador la Oficina de Protección de la Juventud. Esto no rige cuando ya antes del nacimiento del hijo se haya nombrado un curador, u ordenado que no se constituya la curatela, o cuando el hijo necesite un tutor. El párrafo 1.791 c, apartado 1.º, inciso 2.º, y el apartado 3.º, rigen analógicamente.

1.710. Terminación de la tutela.

Si un hijo no matrimonial está bajo tutela y ésta termina por ministerio de la ley, el hasta ahora tutor devendrá curador —a los efectos— del párrafo 1.706, en tanto existan los presupuestos para la curatela.

1.711. Relación personal del padre con el hijo; información.

1. Aquel al que corresponda el cuidado personal del hijo determina la relación del hijo con el padre. El párrafo 1.634, apartado 1.º, inciso 1.º, rige analógicamente.

2. Cuando la relación personal con el padre favorezca al bienestar del hijo, puede el Tribunal de Tutelas decidir, que corresponda al padre la facultad de relación personal. El párrafo 1.634, apartado 2.º, rige analógicamente. El Tribunal de Tutelas puede modificar su decisión en cualquier tiempo.

3. La facultad de exigir información sobre las relaciones personales del hijo se determina por el párrafo 1.634, apartado 3.º.

4. En los casos oportunos debe mediar la Oficina de Protección de la Juventud entre el padre y el facultado para la guarda.

BIBLIOGRAFIA BASICA POSTERIOR A LA REFORMA

ARNTZEN: «Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht», 1979.

BEITZKE: «Familienrecht», 1981.

BELCHAUS: «Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge», en ZBIJR, 1979.
«Elterliches Sorgerechts», 1980.

DIEDERICHSEN: «Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge», en NJW, 1980.

GERNHUBER: «Lehrbuch des Familienrechts», 1980.

GROSS: «Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge», 1979.

HOLTGRAVE: «Das neue Recht der elterlichen Sorge», en JZ 1979.

SCHWAB: «Familienrecht», 1980.

PALANDT-DIEDERICHSEN: «Kommentar», 1980.

SIMON: «Das neue elterliche Sorgerecht», en JuS, 1979.

