

FAMILIA SUCESIONES **ICAV**

M^a DOLORES CERVILLA
REFORMA DEL ARTÍCULO 96

BEATRIZ HERMIDA
¿Por qué adoptar cuando puedo
contratar una madre subrogada?

LA NECESARIA JURISDICCIÓN DE DERECHO DE FAMILIA

Pregunta constante de los clientes al enfrentarse a un proceso de familia, viene referida, tanto a la duración del mismo, como a su tramitación, momento en el que todos los profesionales del foro, nos vemos obligados a efectuar una serie de distinciones, a veces algo “dramáticas”, en función de qué Juzgado vaya a conocer el asunto.

Y es que el retraso en la administración de Justicia, así como la falta de especialización de los Juzgados, - que a veces, siendo “mixtos”, dictan resoluciones que se aparta de las sentencias más recientes dictadas por Audiencias e incluso Tribunal Supremo, es uno de los mayores problemas con el que nos enfrentamos no sólo los abogados de Familia, sino los propios justiciables que, con sus quejas, están pidiendo una Jurisdicción especializada, que por derecho les corresponde.

Un proceso de familia lento, en el que se ponen en juego relaciones paterno filiales, o pensiones, a veces tan necesarias, no es un proceso digno.

Un proceso de familia, tramitado por un Juzgado sin especialización, no garantiza al ciudadano el acceso a una Justicia tan satisfactoria como sería deseable, implicando una especie de “discriminación” por razón de la materia. ¿Acaso alguien imagina la sustanciación de un juicio por despido fuera de un Juzgado de Lo Social?, ¿o un concurso fuera de un Juzgado de Lo Mercantil?

Es realmente difícil para los abogados de familia, anunciar a nuestros clientes que, dependiendo de la localización de su domicilio, obtendrá una “mejor o peor” respuesta por parte del sistema judicial, y no solo por criterios temporales, que también, sino también por criterios de especialidad del Juzgado competente.

La unidad familiar sufre, y se encuentra indefensa, ante un incomprensible sistema que, ante la falta de especialización, en múltiples ocasiones, no ofrece soluciones homogéneas, ante idénticas situaciones.

Los justiciables, sufren por ello discriminación por razón de vecindad, y pese a que legislador y las administraciones competentes, han trabajado en busca de una solución efectiva, a través tanto de la dotación de medios personales y materiales, como de numerosas reformas procesales, a día de hoy considero que no se ha alcanzado el grado de satisfacción ciudadana que sería deseable.

El Letrado que suscribe, sin duda no dispone de una solución magistral que acabe con el problema expuesto, pero sin duda la creación de una Jurisdicción especializada en Derecho de Familia, ayudaría a erradicar o, en todo caso, paliar en gran medida, estos problemas expuestos.

Carlos Gimeno

Vocal
Sección
Familia y
Sucesiones
ICAV



Se debe crear una Jurisdicción de Familia, propia e independiente, que garantice la atención adecuada, eficaz e igualitaria para todos los ciudadanos, sin que pueda operar ninguna suerte de discriminación territorial, y con la garantía de que la autoridad competente, se encuentra preparada y especializada en esta disciplina del Derecho.

Los ciudadanos la merecen, y los profesionales del foro, también.

La tarea honesta y profesional de las autoridades competentes que en muchas ocasiones deben trabajar en condiciones lamentables, y sin medios materiales o personales, no puede aceptarse, y la creación de una Jurisdicción de Familia conseguiría, no solo una liberación de asuntos y expedientes en los Juzgados de Instancia o Mixtos, sino que también conllevará que las crisis familiares sean tratadas por profesionales con conocimientos específicos y profundos de la materia, adoptándose de ese modo unas resoluciones de calidad, una mayor seguridad jurídica, y una mayor celeridad en los plazos procesales y señalamiento de vistas.

La creación de esta nueva jurisdicción no es una cuestión de debate originada ahora, sino que viene siendo reclamada por parte de todas las asociaciones, foros y encuentros de los profesionales relacionados con este ámbito, desde abogados a fiscales, pasando por jueces y magistrados, trabajadores sociales, psicólogos, periodistas y todas aquellas personas cuya labor está directamente relacionada con el entorno del Derecho de Familia.

Existe una clara unanimidad en la Necesidad y Pertinencia de esta Jurisdicción especializada.

Queda mucho trabajo por hacer, y por nuestra parte debemos seguir levantando la voz para que estos “buenos deseos” se conviertan en una realidad efectiva, y llegue un día en el que finalmente podamos responder a la pregunta de nuestros clientes en un sentido positivo, con un: “no se preocupe que su caso tendrá una solución rápida, eficaz y especializada”

02

EDITORIAL

D. CARLOS GIMENO

La necesaria jurisdicción de derecho de familia

04

JOSÉ RAMÓN DE VEREDA Y ALBARO BUENO BIOT

Alimentos a favor de los hijos mayores de edad

10

JOSÉ RAMÓN DE VEREDA Y ALBARO BUENO BIOT

Legitimación del progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad para reclamar alimentos

12

M^a DOLORES CERVILLA GARZÓN

Reforma Artículo 96

16

BEATRIZ HERMIDA BELLOT

¿Por qué adoptar cuando puedo contratar una madre subrogada?

18

SATURNINO SOLANO

Aprende a fijar tus objetivos

21

SALVADOR CARRIÓN

Sustitución fideicomisaria en favor de hijos con discapacidad

icav

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

FAMILIA Y SUCESIONES ICAV

NÚMERO 22/2022

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Plaza Tetuán, 16- 46003 Valencia. Tel. 963 9412 887

Web: www.icav.es / E-mail: palmira@palmiratrelis.com [Directora] Palmira Trelis Martín

[Colaboradores] José Ramón de Verda y Beamonte; Álvaro Bueno Biot; Saturnino Solano; María Dolores Cervilla; Beatriz Hermida Bellot; Carlos Gimeno Tormos; Salvador Carrión.

[Imágenes] Por Freepiks.

ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación “FAMILIA Y SUCESIONES ICAV” pertenecen exclusivamente a sus autores.

ALIMENTOS EN FAVOR DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD (CRÓNICA JURISPRUDENCIAL)*

JOSÉ RAMÓN DE VEREDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA

ÁLVARO BUENO BIOT
PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN, UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1.- En materia de alimentos, es preciso distinguir, según que los hijos sean menores no emancipados o mayores de edad.

a) Si los hijos son menores de edad no emancipados, la obligación de alimentos de los progenitores forma parte del contenido propio de la patria potestad (art. 154 CC), de modo que, en virtud del art. 93.I CC, aquella procede incondicionadamente (“en todo caso”), sin que sea preciso demostrar que el hijo los necesite para subsistir.

b) Si, por el contrario, son mayores de edad o se hallan emancipados, para que estos puedan percibir una pensión de alimentos (que, en su caso, tendrá lugar conforme a los arts. 142 y ss. CC, y no, en virtud del art. 93.I CC), es necesario demostrar que se encuentran en una situación objetiva de “necesidad” (por no tener ingresos propios suficientes, al no poder ejercer una profesión u oficio con el que ganarse la vida o encontrarse todavía en fase de formación) y que dicha “necesidad” no es imputable a su falta de diligencia, es decir, no proviene de su mala conducta o de su falta de aplicación al trabajo (art. 152.3º y 5º CC) o al estudio (art. 142.II, in fine).

2.- Por lo tanto, si los hijos mayores, pudiendo trabajar no lo hacen, no tienen derecho a recibir alimentos de sus progenitores.

La STS 21 septiembre 2016 (Tol 5829637) consideró que no procedía que el padre prestase alimentos, al entender que cabía la independencia económica o posibilidad de empleo en un hijo de 27 años, que podía haber trabajado en la inmobiliaria de su madre.

La STS 13 diciembre 2017 (Tol 6454966) también entendió que procedía la extinción

de la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad afectado de una minusvalía, dado que la misma no le impedía trabajar y, de hecho, lo hacía, siendo, además, determinante que el padre alimentante estuviese afectado por una incapacidad absoluta para toda actividad.

La SAP Cantabria 23 febrero 2021 (Tol 8414259), por el contrario, entendió que no procedía reconocer alimentos a una hija de 20 años, que no había acreditado que cursara estudio alguno al tiempo del juicio y tampoco que, ni siquiera, fuese demandante de empleo, concurriendo por consiguiente una situación de pasividad en orden a su formación y a procurarse ingresos. Ya durante la minoría de edad, había hecho los estudios con poco aprovechamiento, tuvo que repetir curso dos veces y mostró gran conflictividad, habiendo sido objeto de hasta 18 partes disciplinarios durante la ESO; fue, además, expulsada del centro en dos ocasiones, por su mala conducta y comportamiento conflictivo, incluso con sus compañeros.

Por supuesto, no se pierde el derecho a exigir alimentos cuando la inactividad tiene su origen en una enfermedad que inhabilita o hace extremadamente difícil el acceso a un puesto de trabajo.

Es el caso de un hijo de 26 años, con una sintomatología ansiosa, con un componente fóbico en su relación con los demás, que le dificultaba de forma muy importante su acceso al mercado laboral. Reconoció que había sido llamado para una entrevista de trabajo, en su lugar de residencia, pero que no llegó a presentarse, porque le entró ansiedad y se puso a vomitar en la calle. Existía un informe psiquiátrico que relataba que, afectivamente, expresaba ansiedad generalizada, ánimo depresivo, miedo y

ansiedad reactiva en la relación con los demás, que se traducían en sentimientos de incapacidad, inseguridad, baja autoestima, frustración e impotencia. No se procedió a la extinción de la pensión de alimentos (solicitada por el padre), pues su situación de dependencia económica derivaba de la enfermedad que padecía, y no de su pasividad para incorporarse al mercado laboral [SAP Baleares 18 febrero 2021 (Tol 8405118)].

A veces, se concede una pensión de alimentos por el tiempo que se considera prudencial para que una persona, que tiene una formación que le permite acceder al mercado de trabajo, pueda encontrar un empleo.

Se ha fijado, así, un plazo de 2 años para la percepción de la pensión de alimentos, concedida a una hija, que pretendía que su padre le pagase en Nueva York un Máster, de un coste aproximado de 80.000 euros; y ello, para evitar una “situación de parasitismo social”, por constar acreditado que la hija tenía un expediente académico y una formación, que le habilitaban para incorporarse al mercado laboral en unas condiciones adecuadas [SAP Madrid 30 abril 2020 (Tol 7968019)].

3.- Tampoco tendrán derecho a percibir alimentos los hijos que muestren un nulo o escaso rendimiento académico, sin que concorra una causa razonable que lo justifique.

La STS 24 mayo 2018 (Tol 6621625) extinguió la pensión de alimentos que venía percibiendo la hija, ya que su percepción, a juicio del alto Tribunal, colocaba al padre “en una situación de absoluta indigencia”, teniendo en cuenta que únicamente percibía un subsidio de desempleo de 426 euros mensuales y que tenía a un hijo de 7 años a su cargo. A ello, hay que sumar la falta de aprovechamiento académico de la hija, que, más allá de algún episodio de ansiedad sufrido durante los exámenes, podía haberse esforzado más para acabar la carrera e, incluso, haberla compatibilizado con algún trabajo, atendida la situación de quien le venía abonando los alimentos.

Por el contrario, la STS 21 diciembre 2017 (Tol 6462819) consideró procedente prestar alimentos a la hija mayor de edad, demandante de empleo que vivía en la casa de la abuela materna, por no quedar demostrado que su situación de necesidad

fuese imputable a su propia negligencia y haber existido intento tardío, pero cierto, de completar su formación, cuantificándose la pensión en 150 euros mensuales. La hija, que tenía 25 años, en el momento de interponerse el recurso, interrumpió sus estudios desde 2009 (al terminar la secundaria) hasta 2013, año en que inició el grado medio de FP de electromecánica de automóviles, el cual concluyó en 2015, habiendo trabajado 180 días, desde 2009 a 2013, en períodos de escasa duración.

La enfermedad es, desde luego, una causa razonable que puede justificar un retraso en los estudios.

Es, por ello, que se ha concedido pensión de alimentos un hijo de 19 años, que, si bien había abandonado los estudios al cumplir los 17 años, manifestó en la prueba testifical, su voluntad de cursar la carrera de Derecho con intención de presentarse a las pruebas de acceso para mayores de 20 años, habiendo quedado acreditado también por la prueba documental médica aportada, que estaba diagnosticado de trastorno ansioso depresivo reactivo y sometido a medicación por esa causa con anterioridad a la presentación de la demanda, habiendo estado con anterioridad en tratamiento psicológico desde los 17 años. Se constató, además, la mala fe del padre, cuyo abogado había preparado un borrador de convenio, que fue presentando a la firma del hijo cuando éste acaba de cumplir los 18 años, para recoger para recoger documentalmente su decisión de abandonar los estudios, apoyando dicha decisión con la transferencia de 3.500 € del fondo destinado a su formación para que pudiera comprarse un coche, pudiendo el padre disponer del resto de dicho fondo (el borrador no fue firmado). [SAP Málaga 26 octubre 2020 (Tol 8318019)].

En ocasiones, la jurisprudencia, ante un rendimiento académico insuficiente, concede al hijo una pensión de alimentos, pero la limita temporalmente.

La STS 14 febrero 2019 (Tol 7065247) entiende que el nulo rendimiento académico del hijo, matriculado en segundo de bachiller durante 4 años, determina la extinción de la pensión de alimentos, fijando, no obstante, un límite temporal de un año para la continuidad en la percepción de alimentos, entendiendo que ese es un plazo razonable para que el hijo pueda adaptarse a su nueva situación económica.

Dicha limitación temporal intenta evitar una situación de pasividad de los hijos en el estudio y fomentar el esfuerzo personal en orden a obtener una formación que le posibilite alcanzar su independencia económica.

Por ello, se ha fijado un plazo de 1 año para la percepción de la pensión de alimentos, prorrogable por otro más, siempre y cuando el hijo demandante acreditase haber superado el 70% de los créditos del primer curso de Derecho: se trataba de un joven de 24 años, que durante 5 años había cursado estudios de ingeniería informática, sin llegar a superar el primer año de carrera, consiguiendo tan solo aprobar la mitad de las asignaturas de dicho año, para posteriormente matricularse en la UNED, con la finalidad de estudiar la carrera de Derecho, de cuya evolución omitía cualquier tipo de información, salvo la referida a la tramitación y el coste de la matrícula [SAP Pontevedra 22 abril 2020 (Tol 7945685)].

No procede establecer dicha limitación temporal, cuando no existe dicha situación de pasividad y los hijos mayores de edad se encuentran cursando normalmente sus estudios universitarios, pues los alimentos “comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable” (art. 149.II CC).

En consecuencia, se ha rechazado establecer un plazo máximo de 2 años para la percepción de la pensión de alimentos fijada en favor de dos hijas mayores de edad o inferior, hasta que alcanzasen su independencia económica, porque las mismas se encontraban en pleno periodo de formación académica y profesional, acorde con sus edades (la una, acabada la carrera de Derecho en el 2017, se encontraba preparando las oposiciones a Registrador de la Propiedad; y, la otra, cursaba estudios universitarios de odontología). Se concluye que, en tales situaciones, en la que no se acredita pasividad en la obtención de empleo o en la terminación de la formación académica, no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues su tardanza en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad [SAP Bilbao 17 septiembre 2020 (Tol 8338933)].

La SAP Barcelona 9 julio 2020 (Tol 8054010) consideró igualmente improcedente fijar un plazo máximo de percepción de la pensión

de alimentos establecida en favor de una hija de 20 años, que estaba cursando estudios universitarios de ingeniería matemática con muy buenos resultados, manteniendo, por tanto, la pensión hasta que la hija concluyera su formación y estuviese en disposición de generar ingresos por sí misma.

La SAP Zamora 7 enero 2020 (Tol 7861000), desestimó la demanda de extinción, reduciéndose la cuantía de la pensión (de 175 a 100 euros), pero fijó un plazo de 2 años para su percepción, correspondiente a los dos años académicos restantes para que la hija, de 23 años, finalizara sus estudios de Auxiliar de Enfermería, los cuales compaginaba con un trabajo a media jornada por la tarde, por el que percibía alrededor de 600 euros netos mensuales, estimándose que necesitaba unos 700 euros mensuales para satisfacer sus necesidades. El atraso en los estudios no era voluntario, sino debido a los constantes ingresos médicos debidos a su enfermedad (de Crohn), lo cuales habían provocado una demora en su formación académica. Considera que no se acredita que la pensión alimenticia en su día establecida haya de ser totalmente suprimida, al continuar la hija con su formación académica y no haber logrado la total independencia económica, siendo necesario aún la ayuda de sus progenitores para poder continuar con sus estudios toda vez que, de otra forma, debería abandonar los mismos para poder trabajar toda la jornada.

4.- Los gastos de matrícula de universidad son ordinarios, pues, aunque anuales, son previsibles y periódicos, de modo que deben entenderse incluidos en la pensión de alimentos.

La circunstancia de que la universidad en que se pretenden cursar los estudios sea privada no los convierte en extraordinarios, pese a lo cual un sector de la jurisprudencia de instancia los considera como tales, con la finalidad de excluir que deban contribuir a su pago los progenitores que no consienten en que sus hijos estudien en ella, cuando existe una universidad pública cercana, más barata, en la que se imparte la misma titulación que la que los hijos quieren estudiar.

La SAP Palma de Mallorca 5 marzo 2020 (Tol 7957437) consideró, así, gastos extraordinarios los generados por el estudio en una Universidad privada de la carrera de Derecho en inglés, cuyo importe ascendía

a 20.000 euros anuales. Observa que no se ha justificado que sea un importe que entre dentro de los parámetros normales o habituales para la realización de unos estudios jurídicos, sin que sea posible acceder a otra universidad en la que se pueda obtener una formación equivalente sin hacer frente un gasto tan elevado. Concluye, pues, que se trata de un gasto que debe ser considerado como extraordinario y que precisa el acuerdo de ambos progenitores para que queden obligados a pagarlo de forma conjunta.

El AAP Barcelona 21 julio 2021 (ECLI:ES:AP-B:2021:7623A) consideró también que los gastos de universidad privada en la que estudiaba la hija eran extraordinarios, al superar su coste al normal de una universidad pública, afirmando que solo cuando el concepto de matrícula universitaria se encuentra entre los parámetros normales de una matrícula universitaria dichos gastos no deben considerarse extraordinarios.

Esta orientación no es correcta: como hemos dicho, estamos siempre ante gastos ordinarios, lo que no significa que un progenitor pueda imponerlos al otro, solicitando un aumento de la cuantía de la pensión de alimentos que satisface, pues no todo gasto ordinario ha de considerarse necesario, como tampoco hay que excluir que sea necesario un gasto, por el mero hecho de ser extraordinario (pensemos, por ejemplo, en gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social). No es correcta, en definitiva, la identificación entre gastos extraordinarios y gastos no necesarios.

El AAP Madrid 18 septiembre 2020 (Tol 8207288) afirma, así, que los gastos de

educación previsibles, periódicos y no excepcionales, sean del ciclo que sean, son gastos de alimentos, no extraordinarios. Precisa que el hecho de que la hija quiera estudiar en una Universidad privada no convierte a los gastos en extraordinarios, sino que puede fundar, en su caso, la modificación de medidas pertinentes para solicitar un aumento de la pensión de alimentos, al haber una modificación sustancial de las circunstancias, por cuanto la cuota universitaria es alimento.

En cambio, son gastos extraordinarios los de carnet de conducir, que, unas veces, se consideran necesarios y otras no, en atención al nivel económico de la familia y a la circunstancia de que su obtención sea, o no, precisa para la formación o adquisición de empleo por parte del hijo.

El AAP Madrid 12 marzo 2021 (Tol 8453998) niega, así, que dicho gasto pueda calificarse a priori como estrictamente necesario, entendiendo que no lo era en el caso concreto enjuiciado, “por mucho que sea conveniente para el hijo la obtención del carnet de conducir como todo lo que redunde en su mejor y más completa formación en todos los órdenes”, pero, para poder exigirse el reembolso, deberá realizarse con el consentimiento de ambos progenitores.

5.- Como regla general, los hijos mayores de edad no pueden pretender que se les procure una vivienda donde residir, distinta de la de sus progenitores y a costa de ellos, pues, conforme al art. 149.I CC, estos podrán prestar los alimentos (“a su elección”), manteniéndolos “en su propia casa”.



Es muy conocida la STS 23 febrero 2000 (Tol 4927163) que desestimó la pretensión de percibir alimentos de una hija mayor de edad, que, en pleno conflicto generacional con sus padres, pretendió vivir independientemente de ellos, pero, a su costa. Dice, así: “Las dos partes tienen toda la razón y todo el derecho a actuar como han actuado; y, sobre todo, la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno –no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo– uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, dicha parte recurrente en casación, no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza”.

No obstante, por las circunstancias del caso, no ha llegado a la misma solución la más reciente STS 5 diciembre 2019 (Tol 7648511), que, confirmando la sentencia recurrida, ha estimado parcialmente la pretensión de una hija mayor de edad, con una minusvalía reconocida del 87%, de que se aumentara la cuantía de la pensión de alimentos que percibía de sus padres, considerando procedente que a los 548,90 euros que recibía del padre se añadieran 271,84 euros más a cargo del padre y 128,16 euros a cargo de la madre. La hija, que vivía con su tía, ante la imposibilidad de vivir con sus progenitores, argumentaba que el aumento de la cuantía de la pensión de alimentos solicitada venía motivado por su deseo de vivir independientemente en una vivienda de protección oficial de su propiedad, adaptada a sus necesidades, pero que carecía de medios económicos suficientes para ello. El TS ha considerado que los supuestos de hecho de ambas sentencias no eran los mismos, pues en la última de ellas, la hija mayor se hallaba discapacitada (lo que evidentemente mermaba su capacidad de obtener ingresos laborales) y no había abandonado de manera voluntaria la vivienda familiar, sino por concurrir una “incompatibilidad de caracteres que propició que la hoy demandante viva con su tía paterna”, constatando “la tensión

existente entre madre e hija, que no consta que fuese provocada por ésta”.

La SAP Córdoba 28 enero 2020 (Tol 7919241) observa, así, que la necesidad de habitación de la hija mayor de edad no tiene por qué satisfacerse en la vivienda en que ella elija, desestimando la demanda en que aquélla pedía la asignación de 1.000 euros mensuales, por la necesidad de procurarse una vivienda hasta que pudiese superarse profesionalmente. Afirma que la hija no puede elegir a su capricho dónde vivir y que se lo costean los padres, constanding la existencia de una voluntad clara de aquéllos de reanudar la convivencia y de buscar una aproximación hacia ella, y, en cambio, un absoluto rechazo de la demandante hacia sus progenitores, en términos que llegan a ser viscerales, por lo que no está justificado su rechazo a vivir en el hogar familiar.

La SAP Madrid 30 abril 2020 (Tol 7968019) afirma que no puede imponerse al padre la obligación de pagar 25.000 € en concepto de gastos de vivienda en Nueva York (ciudad donde la hija pretendía cursar un Master, con un coste aproximado de 80.000 euros), cuando la demandante puede vivir en la vivienda que tiene alquilada el padre y en la que, de hecho, reside cuando está en Madrid y en la que se encuentra, además, empadronada: el art. 149 CC permite al obligado a prestar alimentos, satisfacer su obligación de la manera que sea menos gravosa para él y para el patrimonio familiar, recibiendo y manteniendo a su propia costa al que tiene derecho a ellos.

6.- Hay que tener en cuenta que, conforme al art. 152.4º CC, el hijo mayor de edad perderá el derecho a alimentos, cuando “hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”.

La desheredación supone la privación de la legítima; por ello, según el art. 848 CC, “sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”, en los arts. 852 y 855 CC. Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia actual considera como causa de desheredación el “maltrato psicológico” a los ascendientes cuando este da lugar a una situación de abandono, entendiendo que, si bien el mismo no aparece contemplado expresamente en el art. 854 CC, no obstante, puede ser considerado una modalidad de “maltrato de obra”, que sí es recogido en dicho precepto como posible causa de

desheredación de los descendientes [SSTS 3 junio 2014 (Tol 4395123), 30 enero 2015 (Tol 4748346) y 13 mayo 2019 (Tol 7238960)].

Por lo tanto, este maltrato psicológico que origina el abandono de los padres por parte de los hijos, priva a estos del derecho a exigirles alimentos ex art. 152.4º CC.

Así lo ha reconocido expresamente la STS 19 febrero 2019 (Tol 7083001), que habla de una “interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia” prevista en el precepto, “conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento”, “porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad”. No obstante, ha precisado la necesidad “de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo”. En el caso concreto, la sentencia recurrida había declarado extinguido el derecho de alimentos por “la nula relación afectiva, continuada y consolidada en el tiempo entre el progenitor no custodio y los hijos” y “la negativa de éstos de relacionarse con su padre como así pusieron de manifiesto, decisión libre, querida y voluntaria”. El hijo, de 25 años, hacía diez que no hablaba con su padre, ni había intentado ponerse en contacto con él, y la hija, de 20, hacía ocho que no lo veía y no tenía ningún interés en verle. Sin embargo, el TS revocó la sentencia, por entender que “esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa” requerida.

Por el contrario, la SAP Navarra 27 octubre 2020 (Tol 8297392) sí consideró procedente la extinción de la pensión de alimentos de una hija que, cumplida la mayoría de edad, pidió el cambio de orden de sus apellidos; es-

cribió un libro, afirmando que no tenía padre; y provocó la total ruptura de las relaciones personales con él, sin que accediese a la recomposición de las mismas. Un mes y 8 días antes de la presentación de la demanda, el padre había enviado a la hija una carta, por burofax, en la que le pedía normalizar su relación, sin obtener respuesta; en la contestación a la demanda la hija dijo expresamente que no quería mantener ninguna relación con su padre, “siendo esta una decisión que entra dentro de la esfera de lo personal y por tanto indiscutible, máxime siendo en la actualidad mayor de edad”; y en la celebración de la vista declaró que no quería “tener relación ni trato con su padre, con quien la única relación que quiere es que le pague la pensión”. Observa la Audiencia que resulta probado que existe una absoluta falta de relación entre la hija y su padre, la cual “posee las condiciones de principal, relevante, acreditada y duradera en el tiempo e imputable en exclusiva a su voluntad, lo que implica la asunción de las consecuencias de sus actos y de las decisiones libérrimamente adoptadas por parte de persona mayor de edad”.

La SAP Bilbao 9 enero 2020 (Tol 7964868) se refiere también a la interpretación amplia de la causa de desheredación del art. 853.2º CC y a su incidencia en la aplicación del art. 152.4º CC, observando que el maltrato de obra comprende también el psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima. En el caso enjuiciado decidió que no podía reclamar alimentos a la madre la hija mayor de edad, condenada como autora de un delito de maltrato en el ámbito familiar y de un delito de amenazas. Se habían considerado hechos probados que la hija había agarrado del pelo a su progenitora, lanzándola contra el suelo y pegándole puñetazos, habiéndole dicho que le iba a matar y a echar de casa.



José Ramón de Vereda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia



Álvaro Bueno Biot
Personal Investigador en Formación, Universidad de Valencia

LEGITIMACIÓN DEL PROGENITOR CON EL QUE CONVIVEN LOS HIJOS MAYORES DE EDAD PARA RECLAMAR ALIMENTOS*

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA

ÁLVARO BUENO BIOT
PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN, UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1.- Dándose los presupuestos previstos en el art. 93.II CC, introducido por Ley 11/1990, 15 octubre, esto es, que los hijos mayores de edad o emancipados “convivieran en el domicilio familiar” (convivencia) y “carecieran de ingresos propios” (dependencia), se reconoce la legitimación para demandar alimentos en el marco del propio juicio matrimonial al progenitor con el que conviven (sin necesidad, pues, de que los propios hijos deban instar un juicio independiente).

Con ello se evitan dos inconvenientes: por un lado, que los propios hijos tuvieran que instar, ellos mismos, un juicio declarativo independiente contra el progenitor con el que no conviven, dando lugar a duplicidades procesales y a posibles enfrentamientos entre ellos; y, por otro lado, que el progenitor con el que conviven tuviera que dirigirse contra ellos, una vez que estos hubieran obtenido la prestación de alimentos, directamente, del otro progenitor.

Obviamente, la legitimación del progenitor para reclamar alimentos presupone que estos tienen derecho a ellos, conforme a los arts. 142 y ss. CC.

La STS 12 julio 2014 (Tol 4480889) revocó la sentencia recurrida, que había denegado los alimentos pedidos por la madre, con el argumento de que la hija con la que convivía tenía el título de Maestra de educación especial, por lo que –según la Audiencia– tenía una posibilidad concreta de trabajar y de percibir ingresos. Frente a ello, el TS afirma que “no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional”, por lo que estima procedente la pretensión entablada por la madre al amparo del art. 93.II CC.

La jurisprudencia habla de “un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos”, lo que se explica por la circunstancia de que el progenitor con el que conviven asume “las funciones de dirección y organización de la vida familiar” [STS 24 abril 2000 (Tol 2473281)]; y, de ahí, que la aplicación del art. 93.II CC, se subordine a la circunstancia que quien reclama los alimentos sea “quien los perciba y administre” [STS 12 junio 2020 (Tol 8010241)].

La STS 7 marzo 2017 (Tol 5990874) denegó la legitimación de la madre para exigir alimentos, no porque los hijos mayores de edad se encontrasen cursando estudios universitarios en el extranjero, sino porque gozaban “de autonomía en la dirección y organización de sus vidas”. Observa, así, que son “cotitulares, junto a sus padres, de un inmueble que se encuentra arrendado y con la renta que obtienen, en parte propia y en parte como alimentos de sus padres, sufragan sus necesidades, o algunas, ingresándose en cuentas corrientes propias, abiertas en una entidad sita en el Reino Unido. A ello se une, y es relevante y definitivo, que lo pretendido por la recurrente es que se fijen alimentos a favor de los hijos mayores a ingresar por cada progenitor en las respectivas cuentas corrientes de ellos”.

a) El requisito de la convivencia en el domicilio familiar “no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran” [SSTS 24

abril 2000 (Tol 2473281), 7 marzo 2017 (Tol 5990874), 12 marzo 2019 (Tol 7119477) y 10 abril 2019 (Tol 7199719)].

La STS 12 junio 2020 (Tol 8010241) postula una interpretación sociológica del art. 93.II CC, conforme a la cual “la exclusión de la posibilidad de que el progenitor solicite alimentos para el hijo mayor de edad se refiere a los casos en que el mismo viva de forma independiente de la familia y no a aquellos en que, por razones justificadas como son la de seguir estudios de formación profesional en otra localidad –como ocurre en el caso presente– dicha convivencia tenga lugar en la actualidad con la abuela materna ya que en tal caso la convivencia se sigue en el seno familiar en el cual se atienden las necesidades básicas de la hija”.

b) El requisito de la dependencia, es decir, que los hijos carezcan de “ingresos propios” debe entenderse “en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos, sino que sean insuficientes” [SSTS 7 marzo 2017 (Tol 5990874), 20 julio 2017 (Tol 6213806), 12 marzo 2019 (Tol 7119477) y 10 abril 2019 (Tol 7199719)].

2.- La legitimación del art. 93.II CC desaparece una vez que el hijo ha alcanzado su autonomía económica, aunque luego la reduzca o la pierda, pues, por su mayoría de edad, “está capacitado para reclamar sus propios derechos, sin que el progenitor con el que convive”, pueda seguir sustituyéndolo AAP Barcelona 12 noviembre 2020 [(Tol 8227074)].

La jurisprudencia más reciente ha considerado que los alimentos fijados en virtud del art. 93.II CC se extinguen, no desde la fecha de la sentencia que los declara extintos (que es la regla general cuando se modifica al alza o a la baja su cuantía), sino desde el momento en que el progenitor que los percibe pierde la legitimación para exigirlos, por desaparecer alguno de los dos requisitos exigidos por el precepto, esto es, desde que cesase la convivencia con el hijo o desde que este tuviera ingresos económicos suficientes.

La STS 12 marzo 2019 (Tol 7119477) ha confirmado la extinción de la pensión de alimentos percibida por la madre con la que el hijo mayor de edad había convivido, ocultando al padre que, posteriormente, el hijo había abandonado el domicilio familiar. Observa que el efecto extintivo tiene lugar desde el momento en que cesó la convivencia con la

madre, por haber cesado en tal tiempo su legitimación para percibirla ex art. 93.II CC; y no desde la fecha de la sentencia estimatoria de la demanda. Afirma que, desde el momento en el que el hijo “dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad”. “En el caso enjuiciado –añade– habían desaparecido las bases fácticas para que la recurrente tuviese legitimación para seguir percibiendo la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad, y no lo comunicó al alimentante”; y añade que la sentencia recurrida había apoyado su decisión en la necesidad de no consagrar “un manifiesto abuso de derecho”, habiendo entendido que había existido una convivencia entre madre e hijo.

La STS 10 abril 2019 (Tol 7199719) ha declarado también extinta la pensión de alimentos pagados a la madre, con quienes convivían los hijos mayores de edad, por la circunstancia de haber alcanzado éstos independencia económica, al hallarse trabajando ambos en las fuerzas armadas e, incluso, tener residencia independiente. Reitera que la madre dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del art. 93.II CC desde que desaparecieron los requisitos a los que el precepto subordina su subsistencia. Sin embargo, fija el efecto extintivo en el momento de la fecha de la interposición de la demanda, que es lo que había decidido la sentencia recurrida, extremo este no recurrido por el padre, constatando la existencia de un empecinamiento de la madre, tras la formulación de la demanda, consistente en querer mantener una legitimación para percibir la pensión de alimentos de los hijos, que había perdido.

Sin embargo, en la jurisprudencia de instancia encontramos soluciones contradictorias.

La SAP Valencia 30 septiembre 2020 (Tol 8192572) afirma que la pensión de alimentos se extingue a partir de la interposición de la demanda, y no, desde la fecha de la sentencia estimatoria de la misma, al haberse probado que al tiempo de iniciarse el juicio ya se había producido la inserción laboral del hijo, ordenando la devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

Por el contrario, la SAP Albacete 26 noviembre 2020 (ECLI:ES:APAB:2020:787) entiende que el cese de la obligación de pagar alimentos percibidos ex art. 93.II CC

no tiene carácter retroactivo, produciendo efectos, exclusivamente, desde la fecha de la sentencia que declara extinta dicha obligación.

Sigue una posición intermedia la SAP Málaga 15 julio 2020 (Tol 8319449), que llega a una solución que parece justificarse por las concretas circunstancias del caso enjuiciado. Declara, así, la extinción retroactiva de la pensión de alimentos establecida en favor de 4 hijos menores de edad, que, a la fecha de la sentencia apelada, tenían 42 años, el mayor, y 33 años, el menor, siendo todos ellos independientes económicamente desde hacía años. Retrotrae los efectos extintivos a noviembre de 2012, siendo la sentencia apelada de fecha de 4 de febrero de 2019. Observa que mantener el efecto ex nunc de la extinción, sería tanto como dar carta de naturaleza a un ejercicio abusivo del derecho y a una actuación contraria a la ley, concretamente, al art. 152.3º CC, en cuyas previsiones se encuentran los hijos alimentistas desde hace muchos años.

3.- Se ha planteado si el progenitor que percibe alimentos en beneficio de los hijos puede, con fundamento en el art. 151. II CC, compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él mismo tenga frente al alimentante, cuestión que ha sido resuelta en sentido afirmativo.



La STS 7 junio 2021 (Tol 8473449) admitió la compensación de pensiones de alimentos impagadas por el padre con las cantidades debidas (a título de enriquecimiento injusto) por la madre, por haber cobrado ésta rentas de un inmueble de aquél, alquilado sin su consentimiento. Reconoce que la acreedora de los alimentos era la hija menor, y no la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, la cual solo estaba legitimada para reclamarlos; sin embargo, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre, con la que convivía la menor, quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 CC), corresponde reconocerle el derecho a reclamar las pensiones que estaba obligado pagar el padre.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia



Álvaro Bueno Biot
Personal Investigador en Formación, Universidad de Valencia



UNA VISIÓN CRÍTICA Y CONSTRUCTIVA DE LA REFORMA ARTÍCULO 96 CC POR LA LEY

María Dolores Cervilla Garzón

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz



Como ya es una forma habitual de proceder, nuestro legislador aprovecha cualquier ocasión para llevar a cabo reformas pendientes al hilo de una ley cuya finalidad no era, precisamente, regular la materia objeto de modificación. Así ha acaecido, una vez más, siendo uno de los preceptos afectados el artículo 96 del CC, que permanecía inalterable desde su primitiva redacción por la Ley 30/1981. Dicha norma, de carácter imperativo, establece de forma jerarquizada los criterios que debe aplicar el juzgador, a falta de acuerdo entre los cónyuges, para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro miembro de la pareja rota.

Ante la desidia del legislador, durante estos cuarenta años, los prácticos del Derecho han tenido que realizar un considerable esfuerzo interpretativo para adaptar el precepto a una realidad social y familiar, que poco tenía ya que ver con la que marcó su existencia y contenido. Con bastante éxito, todo hay que decirlo.

En este sentido, y a modo de ejemplo, la interpretación del término “hijos” del párrafo primero hubo de acotarse a hijos menores de edad, para evitar que el uso se prolongara indefinidamente con el gravamen que ello suponía al propietario. O la aplicación analógica de mencionado cri-

terio del párrafo primero a las parejas de hecho, dando lugar a un derecho de uso a favor del conviviente custodio que no estaba previsto en la norma. Entre estas aportaciones, señalar también la calificación de precario (y no comodato como se esbozó en un primer momento), de la cesión gratuita del inmueble propiedad de terceros a la familia lo que facultaba al titular dominical a ejercitar acción de desahucio contra el ex cónyuge cuyo uso se había atribuido. Sin orillar la grave omisión que supuso de la Ley 15/2005 que implantó la custodia compartida sin acompañarse de la reforma del art. 96,1 CC de manera que el juez no ha dispuesto (ni dispone)

de criterios para proceder si los hijos permanecían en compañía de ambos progenitores. Por lo que fueron los Tribunales los que debieron proceder interpretando las reglas adecuadas, de nuevo, a una realidad no prevista en las mismas, asimilando el supuesto de custodia compartida al previsto en el último párrafo del art. 96.1: “Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.” Ya, más recientemente, es digno de mención el giro del Tribunal Supremo al establecer como causa de extinción el hecho de que la pareja del beneficiario del uso conviva en el inmueble, aun cuando esta circunstancia no afecte al interés del menor que allí reside y a cuyo favor se atribuyó el uso a su progenitor.

Tras la reforma del precepto por la Ley 8/2021 no ha cambiado sustancialmente el escenario, a pesar de las consistentes demandas y la labor previa de la jurisprudencia abonando el terreno a una reforma más resolutiva que los “meros retoques” llevados a cabo en el texto. Podemos afirmar, pues, que esta sigue siendo “una asignatura pendiente”. Para mantener esta aseveración procedemos a esbozar los cambios introducidos y, posteriormente, indicar cuales son, a nuestro juicio, los aspectos no abordados y que necesitan ser regulados

La nueva redacción del art. 96 CC alineada con la jurisprudencia, determina que los hijos beneficiarios del uso de la vivienda son los hijos menores, dada la especial consideración de los alimentos debidos al menor sufragados en especies parcialmente por el uso de la vivienda (no así los debidos a los mayores que generan un derecho a pensión en los términos de los arts. 142 y ss CC). También se aclara que los hijos menores deben ser comunes, dejando zanjada una polémica doctrinal sobre si los hijos no comunes pudieran incluirse en el término “hijos” del art 96.1. Se pronuncia, expresamente, sobre la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad, cuestión ya resuelta en la práctica por medio de la interpretación generosa de los arts. 7 LH y 96,2 RH, calificándolo, de forma desafortunada, como una limitación a la “facultad dispositiva sobre la vivienda familiar”.

Más significativa la alusión a los hijos discapacitados mayores de edad que se equiparan a los hijos menores siempre que el juez apreciara circunstancias “que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar”; con ello el legislador se decanta por la tesis jurisprudencial que los equiparaba al menor, frente a aquella que estimaba que el contenido de los alimentos debidos al discapacitado mantenían diferencias de calado con los debidos al menor.

Finalmente, se reproduce literalmente el segundo párrafo del art. 1320 CC que expresa: “La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”, de manera que se homogeniza el régimen jurídico dispositivo de la vivienda en situación de armonía y en situación de crisis

Llegado a este punto, solo me queda desglosar las cuestiones que, necesariamente, deberían abordarse en un futura y “verdadera” reforma del precepto y cómo, a nuestro juicio, deberían tratarse por el legislador.

En primer lugar, el derecho a usar la vivienda familiar precisa ser categorizado como un derecho real. No es suficiente que se haya introducido la posibilidad de inscribirse en el Registro, pues la naturaleza real no deriva necesariamente de la inscripción. El consentimiento dual mantenido en el texto constituye un escollo insalvable cuya eliminación se hace precisa a la finalidad perseguida.

En segundo lugar, se requiere una redacción más flexible de la norma, que le permita al juez modular las circunstancias, personales y patrimoniales de los ex cónyuges a la hora de establecer el derecho y sus beneficiarios. Si existen hijos menores comunes pudiera establecerse una presunción iuris tantum que alinee el interés del menor con el derecho a residir en el inmueble que fuera su vivienda. No obstante, la norma debe contemplar la posibilidad de que dicha presunción se desvirtúe y que, en su virtud, existan otras fórmulas como la atribución de segundas residencias o, simplemente, otra

nueva residencia que no confronten con el interés de los menores.

Ciertamente, en la sociedad actual el interés del menor no se encuentra conectado siempre al hecho de continuar residiendo en la que fuera la vivienda familiar. Las relaciones de los menores con sus compañeros no se suceden solo y exclusivamente en su entorno físico, tal y como acaecía hace años. Las nuevas tecnologías han propiciado nuevos espacios donde los menores interactúan a través de sus dispositivos. El hecho de residir en un determinado barrio o urbanización no es clave para perder o conservar sus relaciones sociales. Asimismo, no siempre y en todos los casos el centro escolar se encuentra próximo al domicilio por lo que desplazarse a un barrio más alejado tampoco debe inferir en su vida escolar.

Por todo ello, considero que debe eliminarse el automatismo del párrafo primero del art. 96 CC y que, en consecuencia, solo debería proceder la atribución en los términos en los que se redacta actualmente la mencionada regla, si los progenitores no pudieran ofrecerle al menor una vivienda digna de similares características a la que, hasta el momento de la ruptura, había constituido la vivienda familiar.

Asimismo, la ponderación de las circunstancias patrimoniales de ambos progenitores es una exigencia de justicia material y debe recogerse en la norma como criterio a valorar por el juez. Pues pudiera suceder que el progenitor custodio presente una situación patrimonial manifiestamente más solvente que el no custodio, de manera que no se justifique privarle al segundo del inmueble;

por lo que, en este caso, lo más ajustado sería revertir el inmueble a sus titulares y no atribuir el uso a ninguno de los progenitores. Siempre que quede garantizada la necesidad habitacional de los menores en otro inmueble de similares características.

En tercer lugar, la inclusión del discapacitado mayor de edad como beneficiario debe realizarse con las cautelas propias del tratamiento que estas personas reciben, no equiparados al menor de edad en todos los casos. De hecho, no considero afortunada la expresión “equiparados al menor de edad” que figura, actualmente, en el art. 96 CC, ni su mención en el mismo párrafo (el primero) que se regula la situación del menor.

En cuarto lugar, sería deseable que se abordara el reparto de los gastos que genere la vivienda atribuida con reglas claras que pueden extraerse de la jurisprudencia.

En quinto lugar, el nuevo art. 96 debe abordar la custodia compartida de forma expresa, estableciendo cómo debe atribuirse el inmueble, si, realmente, debe hacerse o, en otro caso, revertir en sus titulares.

En sexto lugar, el tema de la incidencia del derecho de uso en otras prestaciones alimenticias o, en su caso, compensatorias, debe quedar apuntado y tratado en el texto legal.

Por último, al igual que existe un precepto que contiene las causas de extinción de la pensión compensatoria, también debería redactarse otro relativo a las causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, incluyéndose la convivencia del titular del derecho de uso con su nueva pareja en la que fuera vivienda familiar. Ello ahorraría muchos pleitos y evitaría tensiones generadas por la indeterminación de la actual normativa en este tema.

Con estas sugerencias pongo punto y final al discurso. Espero y deseo que “no queden en saco roto” y que el legislador tome nota de ellas para elaborar una reforma necesaria y útil para mejorar nuestra convivencia.



¿POR QUÉ ADOPTAR CUANDO PUEDO CONTRATAR UNA MADRE SUBROGADA?

BEATRIZ HERMIDA BELLOT

VICEDECANA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CEU CARDENAL HERRERA

No faltan autores que consideran que la gestación por sustitución no es más que un supuesto de adopción de un niño que aún no ha nacido. Sin embargo, son múltiples las diferencias entre ellas, así como los motivos de los futuros padres para optar por una u otra institución. Abordemos algunos de estos motivos y diferencias.

En primer lugar, la adopción está dotada de una compleja y completa regulación legal. Como consecuencia de toda esta regulación, la adopción se considera en nuestro Derecho como un tipo de filiación equiparable a la filiación por naturaleza, según se deriva del artículo 108 del CC. No ocurre lo mismo con la gestación subrogada, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, por tanto, carente de una regulación específica.

En cuanto a la naturaleza de ambas instituciones, la gestación por sustitución es una forma de reproducción en la que generalmente se aplica alguna técnica de reproducción asistida y que se formaliza a través de un contrato de gestación. La naturaleza de la adopción ha sido muy discutida a lo largo del tiempo, anteriormente a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se consideraba la adopción como un negocio jurídico de Derecho de Familia; sin embargo, a partir de dicha Ley la adopción se constituye por resolución judicial por lo que, en la actualidad, más bien se la considera un acto de autoridad judicial o un negocio procesal en el que el consentimiento de los adoptantes es un presupuesto para la adopción, una condición sine qua non, pero la decisión final corresponde al Juez, quien no está vinculado por dicho consentimiento.

Por lo que respecta a la finalidad de cada una de ellas, así como la gestación por sustitución se constituye para satisfacer el

deseo de los padres de intención de ser padres. En el caso de la adopción, esta tiene una finalidad tuitiva, tiene por objeto la protección del menor, ya nacido, y que se encuentra en situación de desprotección. La búsqueda del mejor interés del menor es determinante a la hora de constituir la adopción. No puede predicarse lo mismo respecto de la gestación subrogada, pues esta se acuerda antes de la concepción, de manera que no se puede hacer alusión al interés del menor cuando ni siquiera ha sido concebido.

No puede obviarse el hecho de que en la filiación adoptiva falta siempre el vínculo genético entre el adoptado y el adoptante, mientras que uno de los motivos por los que, en ocasiones, se acude a la gestación por sustitución, es el deseo de tener descendencia utilizando el propio material genético. La pregunta que nos hacemos es ¿qué ocurre en aquellos casos en los que ninguno de los padres de intención aporta material genético? ¿Por qué optar en estos casos por la gestación subrogada y no por la adopción?, son varios los motivos que pueden mover a quienes optan por la gestación por sustitución, entre ellos:

Evitar los largos trámites burocráticos que supone llevar a cabo una adopción, tanto nacional como internacional.

Evitar el sometimiento a la declaración de idoneidad y propuesta previa que debe emitir la Entidad Pública en el caso de adopción y que no existe en materia de gestación subrogada; o, en caso de no haber superado este trámite buscar una manera de satisfacer el deseo de ser padres sin que dicha declaración de idoneidad sea necesaria.

Evitar el cumplimiento de la capacidad especial que se exige en materia de adop-

ción: el art. 175 del Código Civil exige que el adoptante sea mayor de 25 años, este requisito solo deberá ser cumplido por uno de los adoptantes si son dos; tiene que haber una diferencia de edad entre adoptante y adoptando de 16 años y esta diferencia, no podrá ser superior a 45 años, salvo en los casos en los que no sea necesaria propuesta previa de la Entidad Pública sobre la idoneidad del adoptante o adoptantes para iniciar el expediente de adopción (ex. Art. 176.2 CC).

La gestación por sustitución, además, permite elegir a la madre gestante, lo que no ocurre en materia de adopción.

Siguiendo con las diferencias, en la adopción no hay compensación económica para los padres biológicos. En la gestación por sustitución, generalmente se suele pactar si no una contraprestación, al menos una compensación a la madre gestante. Esto no quiere decir que la adopción no conlleve gastos, sobre todo el caso de la adopción internacional, además del coste del informe psicológico y del trabajador social para la declaración de idoneidad, se suman las cantidades que se abonan a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional, viaje al país de origen del niño y estancias en el mismo, traducción de documentos, honorarios de abogados o visados, entre otros.

Sin duda, uno de los puntos diferenciadores de ambas instituciones se produce en materia del derecho del menor al conocimiento de sus orígenes biológicos, el artículo 180 del Código Civil garantiza este derecho por lo que a la adopción se refiere al establecer el deber de las Entidades Públicas de conservar la información sobre la identidad de los progenitores así como de prestar ayuda y asesoramiento para hacer efectivo este derecho; por otro lado, al inscribir en el Registro Civil la filiación adoptiva no se cancelan las menciones registrales anteriores. No ocurre lo mismo en materia de gestación subrogada, la inscripción en el Registro Civil Español de los menores nacidos por esta vía en el extranjero se podrá producir siguiendo las directrices de la Instrucción de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado -actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública- de 5 de octubre de 2010, esta

Instrucción exige una resolución judicial dictada en el país de nacimiento del menor donde se acredite la filiación de los padres de intención, de manera que no se menciona en dicha resolución ni en la inscripción de nacimiento a la madre gestante y, por tanto, la única manera que tiene el menor de conocer su forma de concepción y sus orígenes biológicos es que los padres de intención tengan a bien comunicárselo cuando así lo consideren.

Y, por último, no podemos dejar de mencionar que en la adopción el asentimiento de la madre se presta pasadas seis semanas desde el parto con el objetivo de que la madre pueda recuperarse del puerperio y tomar la decisión con plena libertad y conocimiento de las consecuencias de la prestación de dicho asentimiento; mientras que en la gestación subrogada el consentimiento de la gestante es previo a la concepción, consentimiento del que, a priori, no se puede retractar una vez de a luz.

Con todo, queda de manifiesto que la gestación subrogada no es una adopción de un niño que todavía no ha nacido, son claras las diferencias entre ambas y, si bien la adopción responde a un fin loable, dotar de protección a un menor desprotegido, son tantos los trámites burocráticos y dificultades administrativas del proceso que no es de extrañar que en ocasiones se opte por el plan alternativo, la gestación subrogada.

Beatriz Hermida Bellot

Vicedecana de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad CEU Cardenal Herrera



APRENDE A FIJAR TUS OBJETIVOS

SATURNINO SOLANO

Decía Seneca que nunca sopla viento favorable para quien no sabe a qué puerto se encamina.

Definir tus objetivos a primeros de año, no es algo conveniente, o aconsejable. **Es imprescindible para ejercer la profesión de abogado.** No hacerlo es como salir a la calle sin rumbo.

Me dirás: “puedo salir a pasear”.

Vale. Un día... dos. Perderse y callejear sin rumbo, es algo sencillamente delicioso, pero, a nivel profesional, definir tus objetivos es la esencia de tu quehacer con el que te ganas la vida y la de los tuyos.

Estamos en los primeros días del año. Pronto tendrás que hacer el resumen anual del IVA. Lo hagas tú, o te lo haga algún colega, con esa información puedes empezar a gestionar tus objetivos para el próximo año.

REVISA PRIMERO TUS GASTOS

Analiza todos los gastos que has tenido durante el año. Trata de analizar su necesidad y utilidad para comprobar, en qué medida, puedes reducirlos o incluso eliminarlos.

Si, ya sé que algunos gastos puedes considerarlos inútiles y no puedes eliminarlos. Todas las actividades profesionales tienen unos gastos fijos inalterables, pero hay otros muchos gastos que estas pagando que, seguramente, sí puedes reducir o, incluso, eliminar.

Verás, la primera vez que me puse a revisar mis gastos, me encontré con que estaba pagando un renting de una centralita ¡Que ya no teníamos! Y me seguían pasando al cobro el recibo.

También descubrí diversas suscripciones de revistas jurídicas que amontonaba sin leer, (Algunas no llegaba a sacarlas de la funda de plástico del envío).

Analicé el número de consultas que realizaba en las bases de legislación y jurisprudencia



a las que estábamos suscritos en el despacho, miré alternativas, comprobé en el colegio de abogados disponemos de algunas bases de jurisprudencia, (mejores incluso que las que yo tenía suscritas) y me di de baja de todas estas “telarañas” que van mermando los ahorros y la capacidad de respuesta económica en momentos críticos.

Sin embargo, si es conveniente que te propongas, si no lo tienes aún, disponer de un buen programa de gestión de despacho, en el que puedas gestionar ágilmente tus asuntos, sin perder horas en buscar correos electrónicos o escritos que no sabes dónde están en tu ordenador.

Reducir los gastos, o al menos, revisar la efectividad de los que estás pagando, es un ejercicio periódico que debes hacer todos los años.

Una vez sepas el importe anual de tus gastos, divídelos por el número de días laborales al año 236 (365 – 129 festivos y 30 días de vacaciones= 236). Calcula así las

Horas laborables anuales = 236 * 8 = 1888 horas laborales en el cómputo anual y 238 días trabajados.

El suelo del que partes, para saber tus beneficios no es cero, es el coste que te cuesta a ti, cada hora de tu trabajo. Si quieres calcular cuánto te cuesta cada mañana, levantar la persiana de tu chiringuito, puedes hacerlo en este post en el que te ayudo a calcular **¿Cuánto vale tu tiempo?**

REVISA TUS INGRESOS

A la hora de revisar los ingresos, te propongo que analices su procedencia. No solo analices la cantidad que has ingresado por honorarios (sin iva y descontando el IRPF que tu cliente, si es una sociedad, lo ha ingresado en hacienda). Me refiero a que trates de analizar tus ingresos centrándote en cliente que te paga, y, lo más importante, **la persona que te remitió a ese cliente que te paga.**

Para hacer esto, te invito a que la próxima vez que tengas un cliente nuevo, le preguntes cómo ha llegado a tu despacho y anotes o crees un campo en tu base de datos que puedes llamar “Referido por”. Eso te permitirá conocer la procedencia de tus ingresos. Clientes, amigos y familiares que te están haciendo ganar dinero, y tú no eres consciente de ese hecho maravilloso, ni tienes un gesto de agradecimiento con ellos, porque no conoces la procedencia de tus ingresos.

REVISA TU PERFIL EN LAS REDES SOCIALES

Esta realidad ha ido evolucionando mucho, en mi caso y seguro que también lo hará en el tuyo. Cada día me estoy encontrando, gratamente, que la procedencia de mis clientes no tiene un referido concreto, como antes sucedía, sino que proceden por mis publicaciones en Internet, o mi de mi perfil en Google o Facebook o Twitter o LinkedIn.

Las llamadas de clientes de parte de otro siguen existiendo en mi caso, (gracias a Dios), pero cada vez tengo más llamadas de clientes nuevos, de distintas partes de España y de otros países, que han visto mi perfil en las redes sociales o han leído algún artículo que he publicado en mi blog y les genera la confianza suficiente para decidirse a llamarme.

El hecho de tener un perfil en las redes sociales te posiciona como profesional.

El hecho de tener publicados artículos sobre asuntos, sin contener datos específicos que permitan la identificación de personas u organismos, pero que puedan permitir a clientes potenciales o, incluso a compañeros, acceder a una información específica y valiosa, te posiciona como especialista en una determinada materia.

Antes solo publicaban los grandes despachos en revistas especializadas, hoy puedes hacerlo desde tu pequeño portátil sentado en un Starbucks, sin tener un despacho siquiera.

Como consecuencia de esto puedes generar un flujo de información que, te puedo asegurar, tiene unas consecuencias económicas para ti muy considerables y... a un coste cero.

Obtén tu promedio de facturación por asunto: Mira el número de asuntos que has llevado y divídelo por el número de facturas, no divides tus ingresos por el número de facturas, porque en un mismo asunto puedes haber emitido varias facturas, (al inicio, a la presentación de la demanda, a la celebración del juicio, etc.), lo cual determina cuatro o cinco facturas de un mismo asunto. Lo que trato de decirte es que analices cuánto dinero has ganado por cada asunto, no por cada minuta.

Este dato puede ayudarte a definir la ratio de ingresos por tipo de asunto y tiempo empleado.

Analiza y cuida a tus preferidos:

Cada vez que te entre un nuevo asunto, como ya te comentado, abre un nuevo campo en tu base de datos, en el que se refleje la persona que lo remite si es una persona concreta, o el canal de procedencia (artículo publicado, perfil de Google, linkedin etc.).

Cuando atiendas al nuevo cliente hazle algún descuento o trato preferente que permita sentirse halagado por venir de parte de la persona que le refiere y, a su vez, hazle saber tu gratitud a la persona que te lo refiere, escribiéndole una carta manuscrita de agradecimiento, o quedando con el/ella, invitándole a comer, o teniendo algún pequeño detalle, o simplemente darle las gracias con por teléfono agradeciéndole la deferencia que ha tenido contigo.

tan intenso la legítima estricta de los demás legitimarios, como conlleva el establecimiento de una sustitución fideicomisaria.

5. El problema interpretativo resulta de la puesta en relación de los art. 782 y 808 CC, en su nueva redacción. El art. 782, párrafo primero, recuerda que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima (estricta, se entiende), “salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el art. 808, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad”.

¿Qué hay que destacar aquí?: de una parte, la expresa referencia a “hijos del testador” (uno o varios), con lo que evidentemente vienen excluidos aquellos legitimarios que no ostenten la condición de “hijos” de aquél; de otra parte, la remisión (por cuanto al establecimiento de la sustitución fideicomisaria se refiere) a “los términos establecidos en el art. 808”.

Es claro que esa remisión al art. 808 hay que entenderla hecha al último párrafo del mismo:

“Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquél disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa”.

Es manifiesto pues que en ese último párrafo del art. 808 el legislador comienza haciendo referencia a “alguno o varios de los legitimarios” que se encontraren en una situación de discapacidad”, para hacerlo a continuación a “lo así recibido por el hijo beneficiado”, con lo que no cabe sino concluir que el alcance del término “legitimario” viene a identificarse en exclusiva con el de “hijo” en orden a ese posible establecimiento de la sustitución sobre la legítima estricta de los demás. “Manda” pues el art. 782, en cuanto viene a limitar sensiblemente el alcance del art. 808, al determinar que el establecimiento de la sustitución sólo podrá hacerse “en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad”. Queda así acotado el círculo de posibles beneficiarios del establecimiento de la sustitución.

El papel que juega, entonces el art. 808 es el de complementar el mensaje legislativo contenido básicamente (como se ha dicho) en el 782, en cuanto precisa que, salvo disposición contraria del testador, esa sustitución fideicomisaria lo será de residuo “a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta”. Se trata de una especificación de la naturaleza misma que esa sustitución podrá adoptar, a salvo la voluntad en contrario del testador, el cual obviamente podrá, si así lo desea, proceder al establecimiento de la sustitución fideicomisaria, disponiendo sin embargo que aquella sea ordinaria y no de residuo. En definitiva, soberano es el testador en cuanto al establecimiento de la sustitución, y soberano lo es asimismo para, estableciéndola, disponer que no lo sea de residuo. Modalidad esta “agravada” de sustitución fideicomisaria para los restantes legitimarios, pero sin duda mucho más favorable para el legitimario hijo en situación de discapacidad.

Asimismo, y en cuanto a ese papel complementario que el 808 desempeña respecto del 782, no cabe duda alguna que el inciso “el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios” (art. 808, párrafo cuarto) hay que referirlo al posible establecimiento de una sustitución fideicomisaria, limitándose el 808 a configurar como de residuo la sustitución fideicomisaria que, en su caso, hubiere establecido el testador (a salvo, disposición contraria del mismo).



Pero que el legislador de la ley 8/2021 maneja una doble noción de legitimario, al menos en cuanto a los efectos que aquí importan es innegable: tratándose de legitimarios en situación de discapacidad, el establecimiento por el testador de una sustitución fideicomisaria precisa en todo caso que el/los legitimario/s beneficiado/beneficiarios sea/sean hijo/hijos de aquél.

6. Que la condición de legitimario del testador no se identifica en exclusiva con la condición de hijo de aquél, por su misma elementalidad no precisa de argumento alguno: el nieto, hijo de un hijo premuerto, es legitimario del abuelo, como lo serían asimismo los descendientes de grado ulterior en defecto de los anteriores. Sin embargo, la repetición del término “hijo” en el art. 782, precepto éste que, como se ha dicho, acota el ámbito de posibles destinatarios y, por consecuencia, en el 808, obligan a concluir que, si el legitimario no es hijo del testador, no podrá éste favorecerlo a través del establecimiento de la sustitución, y ello obviamente aunque se halle en una situación de discapacidad.

7. Que el propósito del legislador ha sido este, deficiencias técnicas aparte, parece claro. Otra cuestión es la de tratar de determinar cuáles hayan sido las causas de tal opción legislativa. Y es que para el caso de que el legitimario en situación de discapacidad, no sea hijo del testador, éste tiene a su disposición (en orden a favorecerle en todo lo posible) la posibilidad de atribuirle la totalidad del tercio libre y, asimismo, la totalidad del de mejora (art. 808, párrafo segundo), además desde luego de la porción que a aquél corresponda en el de legítima estricta, siquiera este con la carga del gravamen en favor del hijo o hijos que se hallaren en una situación de discapacidad.

8. En definitiva, si el testador tuviere uno o varios hijos “que se encuentren en una situación de discapacidad”, el establecimiento sobre el tercio de legítima estricta de una sustitución fideicomisaria en beneficio de aquellos es una posibilidad de la que el testador se puede servir o no (estamos en el ámbito de la voluntas testandi). La novedad radica, como se ha dicho, en esa sensible reducción del marco de los hipotéticos beneficiarios de una tal disposición testamentaria, que ahora viene constituida exclusivamente por el hijo o hijos que se hallaren en tal situación, con exclusión de descendientes no legitimarios (un nieto

cuyo padre viva), y asimismo de legitimarios que no sean hijos (nietos hijos de un hijo premuerto).

Y es que una tan sensible limitación del tercio de legítima estricta entiende el legislador deba encontrar su fundamento en la protección de descendientes inmediatos, y no en la de los de grado ulterior.

9. Y en esta misma línea de acentuar la protección del hijo o hijos que se hallaren en situación de discapacidad, el legislador de la ley 8/2021 ha dado un paso más: el de que, salvo disposición contraria del testador, la sustitución fideicomisaria establecida lo será de residuo.

Se acentúa así considerablemente el grado de protección del hijo que se hallare en una situación de discapacidad, pero esa acentuación en el grado de protección conlleva necesariamente, como consecuencia casi ineludible, la de que los demás legitimarios que así “hayan visto afectada su legítima estricta” corran el riesgo de no percibirla nunca de modo efectivo.

10. Con todo, el llamado “fideicomiso de residuo” puede adoptar dos modalidades (si quid supererit, “si queda algo”; y de eo quod supererit (“de aquello que deba quedar”). Parece claro que la opción legislativa lo ha sido por la primera de las modalidades (“si queda algo”), puesto que si bien el “hijo beneficiado” (fiduciario) no podrá disponer de los bienes “ni a título gratuito ni por acto mortis causa”, es manifiesto (por una simple interpretación a contrario) que sí podrá hacerlo a título oneroso. Y, previsiblemente lo hará, a fin de subvenir a sus mismas necesidades originadas por la propia situación de discapacidad en la que se encuentra, lo que obliga a concluir que la premisa a tener en cuenta no es la de “bienes que deban quedar”, sino la de: “si quedan bienes”, hipótesis en la cual dichos bienes pasarían a los que hubieren visto afectada su legítima.

En definitiva, hay que entender que el llamamiento al/los fideicomisario/s se realiza sólo para la eventualidad de que, tras el fallecimiento del fiduciario, reste algo o queden algunos de los bienes fideicomitados. La misma situación de discapacidad en que se halla el fiduciario, situación que previsiblemente demandará gastos encaminados a subvenir a sus concretas necesidades de

atención y cuidados, vendría a reforzar considerablemente lo que se acaba de decir.

11. Menor importancia presenta alguna otra diferencia de redacción del art. 808 respecto a la precedente. En la redacción vigente hasta la entrada en vigor de la ley 8/2021, el párrafo tercero se refería a la posibilidad de “establecer una sustitución fideicomisaria ‘sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos’” (expresión esta que al menos literalmente parecía venir referida a la totalidad del tercio), y que atribuía asimismo la condición de fiduciario al hijo o descendiente incapacitado; en la redacción de la ley 8/2021 no se dice exactamente lo mismo: “el testador podrá disponer a su favor (el del legitimario en situación de discapacidad) ‘de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad’”.

La referencia literal no se hace ya a la totalidad del tercio de legítima “estricta” o “corta”, sino únicamente a la porción del tercio que corresponda a los demás legitimarios, excluida claro está la (porción) del afectado por una situación de discapacidad.

Quizá el legislador también quiso decir esto en la redacción anterior, pero no lo dijo.

La sustitución fideicomisaria que, en su caso, se establezca no afectará a la porción de la legítima “corta” correspondiente al legitimario en situación de discapacidad, porque no grava todo el tercio, sino una parte (la más importante cuantitativamente, lo que será así cuando los demás legitimarios sean más de uno, o varios), pero no el total.

El objetivo perseguido, pues, resulta enteramente lógico: se trata de no poner cortapisas que redunden asimismo en mengua de la libertad patrimonial del legitimario discapacitado respecto de la porción del tercio de legítima “estricta” que a él le corresponda, y que, obviamente, resultará de dividir la cuantía de ese tercio entre el número de legitimarios (ya sucedan estos por derecho propio o, en su caso, por derecho de representación). Esa porción no vendrá gravada, y la tendrá en pleno dominio. Y es que lo contrario, rayaría en el absurdo por cuanto el gravamen afectaría a aquél o a aquellos a quien o a quienes precisamente se trata de beneficiar.



SECCIÓN DERECHO FAMILIA

SIGUE TODA LA
INFORMACIÓN DE NUESTRA
SECCIÓN EN:

Si quieres
colaborar en
nuestra revista,
escuchamos tus
ideas y opiniones

escribenos a:

palmira@palmiratrelis.com

