

FAMILIA SUCESIONES ICAV

NURIA MARTÍNEZ
Patria potestad y menores
en redes sociales

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL

Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC
tras la Ley 8/2021

FERNANDO HERNÁNDEZ

Determinación de la ganancia patrimonial que
se obtiene en la venta de una vivienda adquirida
mediante compensación al excónyuge

EL ANSIADO DESCANSO VERANIEGO... FAMILIA

El ansiado descanso estival, en su tranquilo y lento deambular, puede, paradójica e involuntariamente, convertirse en un desafío imprevisto. ¿De verdad, seremos capaces de desconectar de todas las familias que por nuestra cabeza pasan? ¿De verdad que las familias, serán capaces de desconectar de contarle a su abogado, lo que han hecho el fin de semana por si tuviera interés en el procedimiento judicial?

El trabajo de la familia hace una parada en boxes. Con él, también se apagan ordenadores, faxes, conferencias, reuniones, el WhatsApp, hasta el móvil parece echarse a dormir. Acostumbrados a triturar el tiempo en agendas saturadas, cuerpo, mente y alma se han de hacer a un ritmo más amable y cadencioso.

La primera sorpresa la depara la dificultad para encontrar este tiempo compartido, ya que hemos estado absorbidos tanto tiempo entre plazos, comparecencias, juicios, persistiendo, insistiendo y resistiendo en los Juzgados y sus tormentosos procederes, que ahora nos puede resultar perjudicial no abrir LexNet, no recibir notificaciones de nuestros Procuradores, el humo del teléfono móvil de los lunes y los viernes. Cuidado familia, entramos en un terreno de descanso desconocido.

Tranquilos, que tanto atropello legislativo durante nuestro año judicial, tiene su lado positivo; y es, que ansiamos poder tener un descanso veraniego. A la prisa y estrés de los agotadores días del año judicial suceden la tertulia nocturna, improvisada y sin reloj, el libro amigo que entretiene y alimenta, el deporte sano y divertido, la excursión tonificante a las cimas montañosas, la contemplación del océano inson-

José Manuel Felio Iranzo

Vocal
Sección
Familia y
Sucesiones
ICAV



dable, hasta el silencio se hace un sitio e ilustra y complementa a la palabra.

Si las vacaciones se nos hacen largas y deseamos la vuelta a los despachos, «Houston, tenemos un problema», un serio problema. Si se nos hacen cortas, buena señal. La familia, se renueva y reinventa a sí misma, para llegar a la cuesta profesional, académica y financiera de septiembre más en forma que nunca. Eso es lo que les deseo a mis queridos lectores, que hasta hacer y deshacer, inventar y reinventar, crear o destruir nuevas planificaciones de nuestros despachos de familia sea un lugar de encuentro y felicidad.

Y no puedo despedirme sin un deseo: “Familia, para el nuevo año judicial saquen esa fuerza necesaria para compartir con todos los compañeros de familia, todos los conocimientos adquiridos durante el año judicial que finaliza, no sean herméticos”

02

EDITORIAL

José Manuel Felio Iranzo

El ansiado descanso veraniego... familia

04

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL

Algunas reflexiones sobre el artículo 753 CC tras la Ley 8/2021

09

ÁLVARO BUENO BIOT

El interés superior del menor como principio rector en el derecho de relación de los abuelos con los nietos

14

NURIA MARTÍNEZ

Patria potestad y menores en redes sociales

18

SATURNINO SOLANO

ABOGADOS DEL SIGLO XXI

Antes de que te vayas de vacaciones: 3 ideas para que disfrutes más del verano

19

FERNANDO HERNÁNDEZ

Determinación de la ganancia patrimonial que se obtiene en la venta de una vivienda adquirida mediante compensación al excónyuge

22

JOSÉ RAMÓN DE VERDA

Nueva sentencia del TS, confirmando la doctrina de que la gestación por sustitución comercial

icav

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

FAMILIA Y SUCESIONES ICAV

NÚMERO 23/2022

[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; José Manuel Felio Iranzo, Almudena Carrión Vidal, Álvaro Bueno Biot, Nuria Martínez, Fernando Hernández, José Ramón de Verda [Imágenes] Por Freepiks.

ISSN 2659-3122

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

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 753 CC TRAS LA LEY 8/2021

1. La Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma "a legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha optado por ampliar el círculo de personas afectadas por las denominadas "incapacidades relativas para suceder" del art.753 del CC.

Ya antes de la pandemia los medios de comunicación se hacían eco de supuestos de captación de voluntad ocurridos en residencias y centros de mayores respecto de disposiciones testamentarias otorgadas por personas albergadas en dichos centros y a favor de los responsables de aquellos o, de quienes en los mismos desempeñaban alguna función. Estos acontecimientos, que sin duda han incidido en la reforma, han venido acompañados de una pandemia que ha permitido su visualización de modo mucho más amplio.

2. Esta modificación se caracteriza de un lado, por ser tardía ya que el auge de los ingresos en residencias de personas mayores no es ni mucho menos un fenómeno reciente y, de otro, por ser incompleta, puesto que sólo afecta a las prohibiciones del art. 753 del CC y no a otras, como la contenida en el art. 752 del mismo texto, que claramente adolece de obsolescencia. En cuanto a este último precepto, carece de sentido seguir circunscribiendo su aplicabilidad a la influencia que pueda desplegar, en su caso, el sacerdote católico que confiese al testador durante su última enfermedad. Piénsese, por ejemplo, en ministros de otras confesiones religiosas, psicólogos, psiquiatras, médicos etc. susceptibles de ejercer una influencia igual o superior a la de aquel (Díaz Alabart, S).

3. Otra cuestión a plantear, debatida desde antiguo, es la relativa a la naturaleza misma de los supuestos contemplados en los arts. 752 a 754 del CC: "incapacidades relativas para suceder" o, "prohibiciones para suceder". Si entendemos que se trata de incapacidades relativas, nos puede surgir la duda acerca de si contienen presunciones iuris et de iure o iuris tantum. En el primer caso, aun probándose que esa disposición testamentaria se hubiese realizado de modo voluntario y sin ningún tipo de captación de voluntad quedaría afectada por la nulidad (LACRUZ BERDEJO, J.L) mientras

que, en el segundo, de probarse que la disposición fue enteramente libre, conservaría su validez (DÍAZ ALABART, S). Esta última opción (aquella que admite prueba en contrario) es la que parece seguir el TS en algunas sentencias como la STS 231/2016 de 8 de abril en la que respecto a la interpretación del art. 752 CC afirmaba lo siguiente "debe descartarse la interpretación que, de un modo absoluto, aplica automáticamente el precepto sin posibilidad de prueba en contrario". Con ello se pretendería evitar una sobreprotección del testador que, en algunos casos, puede haber realizado dichas disposiciones testamentarias de forma libre y sin ninguna influencia por el favorecido que se verían afectadas por tal grado de ineficacia.

Si, por el contrario, consideramos que son prohibiciones, como es mi punto de vista puesto que no afectan a la capacidad y se utilizan expresiones como "tampoco surtirá efecto" en su primer párrafo y, "será nula la disposición" en el segundo, su incumplimiento generaría automáticamente la nulidad de la disposición testamentaria por contravención de norma imperativa (art. 6.3 CC).

4. Expuesto lo anterior entramos de lleno en las prohibiciones concretas que contempla el artículo 753 del CC:

A) Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quién sea tutor o curador representativo del testador salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.

Aquí, a diferencia de la redacción anterior a la reforma, se conserva la figura del tutor, si bien referida únicamente a menores no emancipados no sujetos a patria potestad y menores no emancipados en situación de desamparo (art. 199 CC) y se introduce una nueva, la del "curador representativo". Esta, a diferencia de la "curatela asistencial" se contempla con carácter excepcional, como pone de manifiesto el art. 269 del CC "Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los cuales el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad".

Las posibilidades de "influencia indebida" a la hora de realizar una disposición testamentaria son mucho más elevadas en los casos de curatela representativa que en los de asistencial puesto que en los primeros el curador, no apoya simplemente al testador, sino que le representa en aquellos actos que el juez considere pertinente. Dada la mayor amplitud de su función, puede que a pesar de fijarse por la ley controles para evitar abusos, conflictos de intereses y cualquier clase de influencia indebida, existan casos que sorteen esas medidas preventivas o, que impidan determinar con exactitud y certeza si realmente se produjo una captación de voluntad del disponente.

De ahí, y en aras de lograr una mayor seguridad jurídica y una mejor protección de las personas sujetas a este tipo de medida de apoyo debido a su discapacidad, se establece la nulidad de la disposición testamentaria. Se dejan únicamente a salvo los casos en que esta hubiere tenido lugar después de la extinción de la tutela o curatela, puesto que una vez cesa el cargo desaparece el peligro, sin necesidad de extenderlo, como hacia la redacción anterior, al momento de la aprobación definitiva de las cuentas.

¿Y qué se entiende por "influencia indebida"? Ni la Convención de Nueva York sobre los derechos de la persona con discapacidad (art. 12.4) ni el CC (art. 270 CC) que se refieren a ella comprenden concepto alguno, si bien, podríamos definirla como el poder ejercido sobre una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad (edad, enfermedad, alejamiento de seres queridos etc.) para llevarla a tomar una decisión que, de no haber existido, no habría tomado. Si optáramos por entender que el art. 753.1 CC contiene una simple presunción iuris tantum (destruible por prueba en contrario) quizá presentara algún grado de interés diferenciar entre "influencia indebida, dolo testamentario, captación, sugestión" etc. Si bien, desde el punto de vista manifestado con anterioridad, no merece entrar en mayores consideraciones puesto que, en todo caso, el efecto es el de la nulidad de la disposición testamentaria.

B) Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentren internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

El primer problema que nos plantea esta segunda prohibición es la expresión "personas que se encuentren internadas por razones de

salud o asistencia", expresión que vendría referida tanto a aquellos casos de personas que por padecer alguna enfermedad (razones de salud) o discapacidad (razones de asistencia) requieren de ingreso en un establecimiento público o privado para seguir desarrollando su vida con el apoyo de profesionales. El término "internadas" excluiría:

a) A aquellas personas que ingresan voluntariamente en una residencia, es decir a quienes están en condiciones de desarrollar su vida fuera de ella pero que optan por esta vía por razones de comodidad. Hoy en día las residencias cuentan con todo tipo de servicios (médicos, alimenticios, ocio etc..) y eso lo hace atractivo para personas de edad avanzada que cuentan con medios económicos para pagarlo. Ganar en tranquilidad y reducen o eliminan esa carga de cuidado que en caso contrario recaería sobre sus familiares más cercanos (normalmente los hijos).

b) Las que asisten durante determinadas horas a los llamados centros de día cuyo horario suele oscilar entre las ocho de la mañana y las ocho de la tarde y, que permiten de un lado, su socialización mediante el desarrollo de actividades y de otro, el seguir residendo en sus domicilios al finalizar la jornada. Este tipo de medida no solo beneficia como es claro al interno, sino también a sus familiares que cuentan con un pequeño descanso en la observancia de los deberes de cuidado y atención durante esas horas.

c) Las ingresadas en un establecimiento público, pero con carácter puntual y con una escasa duración, por ejemplo, quien ingresa en un hospital varios días con motivo de una intervención médica. La duda se plantearía con respecto a los ingresos de varios meses e incluso años en hospitales, puesto que se cumpliría el requisito de "establecimiento público" y también el de "internamiento", al tratarse de situaciones prolongadas en el tiempo. Supuesto controvertido que, desde mi punto de vista, cabría incluir en el ámbito de aplicación de la norma.

El "internamiento" por tanto, requiere de una cierta estabilidad, es decir de una situación que se mantenga en el tiempo, a pesar de que su duración no se fije con exactitud y determinación en el propio precepto.

d) Por otro lado, ese "ingreso" ha de realizarse en un establecimiento público o privado, lo cual deja fuera los supuestos de personas que pasan a residir en la vivienda del cuidador, calificada como domicilio privado.

El segundo problema que se plantea es lo que haya de entenderse por "titulares, admi-



nistradores o empleados del establecimiento público o privado en el que se encuentra ingresada por razones de salud o asistencia la persona que realiza la disposición testamentaria". Los sujetos que enumera el precepto y de los que vamos a realizar una pequeña aproximación son los siguientes:

e) Los "titulares del establecimiento" que podrían ser tanto personas físicas como jurídicas debido a que la norma no realiza ninguna exclusión al respecto.

f) Los "administradores", término respecto al que se discute si ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, es decir incluyendo únicamente a aquellos designados como tales o bien, extensiva, incluyendo también a otros como gerentes, coordinadores, directores etc., que, aunque desempeñan funciones diferentes no dejan de revestir importancia dentro del organigrama del establecimiento sea público o privado.

g) Los "empleados" dónde podrían contemplarse tanto los contratados por el propio establecimiento directamente, como los que se hubieran seleccionado a través de una empresa de trabajo temporal y, por ende, de forma indirecta para prestar sus variados servicios en el centro (limpieza, alimentación, mantenimiento.).

h) En todo caso es necesario que dichas personas (titulares, administradores o empleados) sean cuidadoras de la persona que realiza la disposición testamentaria, lo que implica sin duda un contacto estrecho con la misma, puesto que habrán sido las encargadas de velar por su bienestar tanto físico como psíquico, prestándole las atenciones que en cada caso hayan sido necesarias. La complicidad y la cercanía que se deriva de una relación de años y la confianza que ello genera en la persona ingresada puede y, en ocasiones, es aprovechado a la hora de influir en su voluntad a la hora de testar. Hoy día no nos pueden extrañar los casos de personas que se encuentran en residencias y que carecen de visitas por parte de sus familiares. Ese sentimiento de soledad unido a la existencia como único apoyo del cuidador pueden permitir a este último captar su voluntad con la finalidad de conseguir un objetivo: ser favorecido en el testamento.

Por último, este apartado prevé la nulidad de la disposición testamentaria realizada a favor del citado establecimiento. Dicha prohibición, que guarda un cierto paralelismo con la del art 752 del CC (la realizada a favor de la iglesia, cabildo, comunidad o instituto de la cual el sacerdote confesor del testador durante su última enfermedad forma parte) es claro que



alcanzaría a los titulares directos fuesen personas físicas o jurídicas, pero no lo es tanto si lo haría a los patronos, socios, fundadores o administradores de este (siempre que en este último caso no sean además cuidadores, puesto que en tal supuesto se incluiría en el apartado anterior).

C) Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, sólo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.

Este apartado requiere de una parte, que se trate de cuidadores personas físicas y de otra, que la persona objeto de esos cuidados no se encuentre internada en un establecimiento público o privado. Dado que en estos casos el riesgo es inferior puesto que la persona se encuentra bien en su domicilio o bien, en el del cuidador, pero no ya alejada del mundo exterior, como ocurre cuando ingresa en un centro, más que una prohibición, se contempla una exigencia de forma a la hora de testar. Y así, solo será válida la disposición a favor de estas personas si se realiza en testamento notarial abierto, excluyéndose, por tanto, el testamento cerrado notarial, así como los testamentos abiertos no notariales (en caso de epidemia o en peligro inminente de muerte).

La primera cuestión que se nos plantea es la de delimitar esos servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga. Parece referirse la norma a personas que se encargan en exclusiva de prestar esos servicios al disponente si bien, hoy en día es habitual también que ciertos empleados domésticos, contratados para otras tareas (por ejemplo, de limpieza o de cocina), realicen también determinadas funciones de asistencia a la persona de que se trate (por ejemplo, suministro de medicamentos, rehabilitación, curas etc.). Es por ello por lo que se plantea un problema de interpretación cuyas consecuencias serán radicalmente distintas en función de la opción elegida. Si entendemos que no procede ampliar el tenor de la norma, cualquier persona contratada para funciones diferentes que, puntualmente, desempeñe alguna labor de cuidado o asistencia no entraría en la norma y, por tanto, aunque no se hubiere utilizado esa forma testamentaria se vería favorecida por la disposición. Mientras que, de optar por la extensión de ese tenor literal, si no se hubiese observado la forma prescrita (testamento notarial abierto) la disposición quedaría afectada de nulidad.

Se plantea también la duda de si esos servicios han de ser o no retribuidos, puesto que el precepto guarda silencio al respecto. Quizá debería optarse por una interpretación am-

plia y entender que podrían prestarlos tanto profesionales como voluntarios e incluso, familiares, aunque en este último caso si son parientes que tienen derecho a suceder ab intestato no será necesario ni siquiera que esa disposición conste en testamento notarial abierto, como señalaremos a continuación.

La relación contractual de la que podrían derivar esos servicios podría encontrar fundamento, tanto en un contrato de prestación de servicios (supuestos habituales) como en los de vitalicio o incluso donación modal (casos más dudosos) en que se imponga al donatario la carga de cuidar al donante. Si bien, estos dos últimos en la mayoría de los casos son contratos intuitu personae y se realizan a favor de familiares o personas de confianza (ejemplo amigos íntimos) con la finalidad de adelantarles en vida parte de la cuantía que después les dejarían en herencia por lo que, sería injusto condicionar la validez de esa disposición testamentaria al cumplimiento de una forma concreta.

La exigencia de testamento abierto notarial se justifica en esas mayores garantías a la hora de controlar la posible influencia indebida en la voluntad del testador. A diferencia del cerrado que es realizado por el testador, sin intervención de persona ajena alguna y que se entrega al notario para su autorización, el abierto requiere de la presencia de este para su otorgamiento, lo que facilita, sin duda, esa posible observancia de indicios de influencia indebida. De manera que, de existir esta últimas el notario rechazaría de pleno su otorgamiento en aras de proteger esa voluntad del testador.

De otro lado, y aunque la norma no lo determine expresamente parece lógico entender que si esa disposición testamentaria se produce una vez cesados los cuidados sería válida cualesquiera que fuese su forma. Todo ello en analogía con lo previsto para el tutor o curador representativo, en el primer apartado del artículo, supuesto en que sí se establece expresamente la validez de esta, una vez extinguido el cargo.

D) Serán sin embargo válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a sucesión ab intestato.

A diferencia de la redacción anterior que establecía la validez de la disposición si se realizaba en favor de determinados parientes (ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador) la actual lo amplía a todos aquellos que tienen derecho a suceder ab intestato. Se incluye, por tanto, a los colaterales de tercer grado (sobrinos y tíos car-

nales) y a los de cuarto grado (nietos de hermanos), más allá del cual no se extiende este derecho de heredar ab intestato como afirma el art.954 del CC.

Al insertarse el art. 753 del CC en el ámbito de la sucesión voluntaria queda fuera aquello que correspondería al sucesor que fuese tutor, curador o cuidador del disponente en la sucesión intestada. La cuota sucesoria ab intestato actúa como límite de lo que podría recibir por testamento el afectado por la prohibición, lo que conecta sin duda con esa finalidad protectora de la norma en aras siempre de proteger al testador de esa posible captación de voluntad efectuada por dichos parientes. La validez de la disposición testamentaria estaría condicionada, de esta forma, a la no superación de la cuantía que correspondería al favorecido en herencia legal, de forma que si excediere sería nula en cuanto a ese exceso, pero válida en lo restante.

La cuestión que se plantea es la de si ese derecho de suceder ab intestato se refiere a la "vocación" (llamamiento a todos aquellos que tienen la posibilidad de ser herederos) o a la "delación" (llamamiento a una o varias personas determinadas para adquirir la herencia). Desde mi punto de vista, la opción más acertada sería la de entender referido ese derecho al primero de los momentos (el de la vocación), ya que el seguir otra teoría podría llevarnos a situaciones no queridas por el testador y así si, por ejemplo, el tutor, curador o cuidador que fuera un sobrino al abrirse esa sucesión intestada no tendría derecho a suceder, salvo que no existieran otros parientes con preferencia en esa sucesión (hijos, padres, hermanos, etc..) o estos hubieran repudiado la herencia.

De otro lado, la utilización del término "parientes" nos plantea otra duda, ¿se entenderían incluidos el cónyuge y la pareja de hecho en caso de haber sido tutor, curador o cuidador del disponente? En un principio y siguiendo una interpretación estricta de la norma, parecen no comprenderse, aunque desde mi punto de vista hay que distinguir entre ellos.

Por una parte, y por lo que respecta al "cónyuge", si atendemos a los artículos que regulan la sucesión intestada y más concretamente, a los que regulan el orden sucesorio (arts. 920 y ss.) este es llamado a suceder en defecto de descendientes y ascendientes y siempre antes que los colaterales, por lo que aunque no se considere estrictamente "pariente", quedaría incluido sin problema alguno.

Por otra, y en relación con "la pareja de hecho", la respuesta es sin duda negativa, al menos por lo que respecta al derecho común,

ya que el CC solo regula el matrimonio y por tanto, solo se refiere a los derechos hereditarios del cónyuge viudo. De ahí que, si esta es tutora, curadora o cuidadora de su pareja, la disposición testamentaria realizada a su favor adolecería de nulidad. Otra cosa ocurriría en derechos como el Catalán, Balear o Gallego dónde se produce una equiparación entre cónyuge y pareja de hecho y dónde, por ende, se contempla a esta última a efectos de sucesión ab intestato.

5. Sin perjuicio de destacar los aciertos de esta ley 8/2021 en lo relativo a esa mayor autonomía de las personas con discapacidad a la hora de tomar decisiones con los apoyos que se requieran en cada caso, creo que, en algunos supuestos, como el del artículo 753, afectado por la reforma, se ha producido quizá una sobreprotección que ha llevado a una limitación de una libertad tan importante como es la de testar. Esa intención de evitar influencias indebidas en la voluntad testamentaria se ha llevado al extremo, hasta el punto de establecerse prohibiciones que impiden adquirir bienes hereditarios a determinadas personas a las que el testador puede voluntariamente haberles querido favorecer en agradecimiento a sus cuidados. No nos olvidemos que hoy en día la realidad social es muy diferente a la de años atrás y son pocos los casos de familiares que se encargan de los mayores. Abundan los supuestos de personas ingresadas en los centros que pueden tener como único apoyo a empleados de estos, los cuales gracias a ese cariño y atención prestada al testador no tendrían porque verse excluidos de esos bienes que este haya querido dejarles por voluntad propia. Considero que esas ganas del legislador de proteger a este colectivo vulnerable no han ampliado, sino limitado sus derechos en preceptos como el que nos ocupa, y del que intentado extraer tanto los pros y contras, como las dudas que a mi juicio pueden plantearse.

**Almudena
Carrión
Vidal**
Profesora
Tutora de
Derecho Civil en
la UNED
y doctoranda
de la
Universidad de
Valencia



EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR EN EL DERECHO DE RELACIÓN DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS

Actualmente, en Europa, se ha experimentado un progresivo envejecimiento de la población que tiene su origen, principalmente, en un aumento de la esperanza y la calidad de vida de las personas. En consecuencia, el sector de la tercera edad es cada vez más numeroso y, por ende, fácilmente encontramos familias donde los nietos tienen el privilegio de conocer a sus abuelos paternos y maternos.

Por otro lado, hemos de reconocer el importante papel que tienen los abuelos en el cuidado y desarrollo de los menores, sobre todo por el trabajo de los progenitores fuera del hogar, así como por la cobertura económica que le proporcionan a sus hijos en situaciones de crisis económica. En definitiva, los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil.

Por todo ello, el legislador es consciente de la necesidad de proteger y amparar las relaciones de los abuelos con los nietos. En este sentido, el derecho de relación del menor y sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados se encuentra recogido, por un lado, en el artículo

**Álvaro
Bueno Biot**
Personal
Investigador
en
Formación,
Universidad
de Valencia



2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) en el que se reconoce el derecho del menor a que se preserve el mantenimiento de sus relaciones familiares y, por otro lado, en los artículos 90.1 b), 94 párrafo 6, 160.2 y 161 del Código Civil, así como en algunos ordenamientos autonómicos.





No obstante, no es hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, cuando se introduce, por primera vez, una mención expresa a los abuelos. Así, la ley intenta reforzar el papel de los abuelos con los menores, considerando que con el término parientes y allegados no se individualizaba la figura de los abuelos, y no mostraba la importancia de los mismos en la vida de los menores.

Si bien es cierto que en la Exposición de Motivos de la reforma se hace referencia únicamente al derecho de relación de los abuelos con los nietos en los supuestos de crisis matrimonial, el Código civil también es reformado para establecer ese derecho de relación en situaciones matrimoniales, en las que los progenitores no están divorciados, separados ni han solicitado la nulidad del matrimonio. Por ejemplo, en el caso de que los abuelos tengan malas relaciones con los progenitores o cuando uno de los progenitores haya fallecido y se considere conveniente establecer un régimen de relaciones personales de los abuelos con los nietos para garantizar que se mantengan los vínculos de este con aquellos.

El art. 160.2 CC señala que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”, de manera que la regla general que parece deducirse del citado precepto es que los abuelos y los nietos tienen derecho al establecimiento de un régimen de relación y, excepcionalmente, en aquellos casos en que exista una “justa causa”, se deberá denegar o suspender este derecho. Por tanto, si bien es cierto que los padres –como titulares de la patria potestad– pueden impedir que sus hijos se relacionen con determinadas personas por no estimarlo conveniente, dicha facultad no es ilimitada, pues habrá de respetar el mantenimiento de los vínculos afectivos y las relaciones de los menores con sus abuelos, excepto en aquellos casos en que puedan alegar debidamente una “justa causa”, esto es, justificar que concurren graves circunstancias que aconsejen la ausencia de cualquier tipo de relación, siempre atendiendo al interés superior del menor, que es el principio rector en nuestro Derecho de familia.

El derecho de relación que asiste a los abuelos es un derecho personalísimo, inalienable, irrenunciable e imprescriptible, que está subordinado al interés del nieto. Además, hay que destacar su innata relatividad y variabilidad en función de las circunstancias concretas del caso así como de la evolución de las mismas. A su vez, se ha calificado como indisponible e irrenunciable debido a que el acuerdo al que pueden llegar los progenitores y los abuelos no puede ser negar el derecho, sino que so-

lamente puede alcanzar al cómo va a ejercitarse.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho existen disparidad de opiniones. Hay quienes afirman que se trata de un derecho-deber o derecho-función, ya que no solamente se concede para satisfacer los intereses de los abuelos, sino también los del menor visitado, respecto de quien sí se puede hablar en puridad de un derecho subjetivo. Otra parte de la doctrina señala que se trata de un derecho de la personalidad, de naturaleza extrapatrimonial, ya que afecta más a la esfera de la personalidad del individuo. Por su parte, otros autores, a cuya tesis me adhiero, sostienen que se trata de un derecho personal incluido en el ámbito de los derechos familiares, pues ni los abuelos ni los nietos, hasta que se haya adoptado alguna medida judicial o convencional al respecto, tienen obligación de mantener relaciones personales.

Por lo que refiere al fundamento de este derecho, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia consideran que se trata del interés superior del menor, de forma que cualquier decisión que se adopte en esta materia debe estar presidida por el principio de protección del interés del nieto, y que, en mi opinión, se debe incluir tanto a los menores como a los mayores respecto de los cuales se han adoptado medidas de apoyo. En este sentido, cabe indicar que las relaciones personales entre abuelos y nietos se justifican en el beneficio e interés que supone para el desarrollo personal de los nietos su relación con los abuelos. Por tanto, este beneficio e interés de los nietos, que contribuye a la estabilidad emocional y desarrollo integral de los mismos, es lo que debe priorizarse a la hora de determinar si procede o no la concesión del derecho de relación.

El derecho de relación de los abuelos con los nietos es un derecho recíproco. De ahí que tanto los abuelos como los nietos pueden acudir al juez para que se les reconozca su derecho. No obstante, a pesar de que se trata de un derecho reconocido a ambas partes, sin embargo, es el interés de los nietos el que determina su concesión, ejercicio y extensión. Por tanto, es evidente que, ante cualquier conflicto que se produzca en este plano, siempre habrá de resolverse a favor de los menores. En este sentido, la STS de 27 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:5382) señala que “no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto, y que habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas (...), cuando se advierta en los abuelos

una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre”.

Por otro lado, me parece interesante el matiz que se realiza por una parte de la doctrina: más que un derecho, es una prerrogativa de los menores. Y ello porque si lo configuramos como un derecho de los menores, nos podemos encontrar con que los padres, como titulares de la patria potestad, podrían exigir a los abuelos la relación con sus hijos. De manera que, no es tanto un derecho de los menores, sino una prerrogativa que se puede utilizar en favor de los nietos siempre que prevalezca el interés de los mismos.

El párrafo 2º del art. 160.2 CC establece el derecho de los abuelos y los nietos a mantener relaciones personales, pero no se especifica en qué consisten estas relaciones personales.

La SAP de Burgos de 10 de abril de 2000, rec. nº 564/1999 indica que “El derecho de los parientes y allegados a mantener relaciones con el menor que prevé el artículo 160 párrafo 2º del Código Civil, es un concepto abierto e indeterminado, pues abarca toda forma de comunicación o relación, trato o correspondencia de una persona con otra, debiendo entenderse incluidas las estancias del menor durante un cierto tiempo en el domicilio de los parientes. Cuál ha de ser su concreto contenido en cada caso al igual que el tiempo, modo y lugar de ejercicio dependerá de la condición de las personas implicadas y de las circunstancias que concurren, partiendo siempre del beneficio e interés del menor”.

Por su parte, la STS de 28 de junio de 2004, rec. nº 899/1999 señala que “la expresión ‘relaciones personales’ que empleaba, y sigue empleando el precepto, adolece de una evidente vaguedad, y se presta el debate, sin embargo, habida cuenta lo dicho, permite una evidente flexibilidad al Juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso, y siempre claro está teniendo en cuenta el interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo”.

De esta manera, dado que el Código Civil no establece los criterios para determinar la extensión y la periodicidad del régimen de relación, es una cuestión que deberá ser decidida por el juez, quien deberá tener en cuenta: 1) la situación personal del menor y de los abuelos; 2) los informes psicológicos que se hayan pedido; 3) la existencia de relaciones anteriores; 4) así como todas aquellas circunstancias que sean convenientes para el menor. Por tanto, de lo que se trata es de valorar las circunstancias específicas de cada caso para determinar la modalización, extensión temporal y periodicidad de este derecho.

Atendiendo a las circunstancias expuestas, las posibilidades pueden ser varias. Así, el de-

recho de relación de los abuelos con los nietos puede ir desde una simple comunicación (por vía telefónica, cartas, correo electrónico, WhatsApp, etc.) hasta las visitas o estancias, incluyendo la pernocta en casa de los abuelos, aunque esta última no puede convertirse en una medida que se adopte de forma generalizada por los tribunales, sino que solamente se deberá adoptar en aquellos casos en que el interés del menor lo aconseje, por considerarse beneficioso para su desarrollo personal, afectivo y psicológico

En definitiva, sea cual fuere la modalidad, extensión y periodicidad con la que se lleve a cabo este derecho de relación, siempre y, en todo caso, habrá que estar a lo que dicte el interés superior del menor, de manera que se debe optar por la opción que más convenga al desarrollo personal, afectivo y educativo del mismo y, solamente, en aquellos supuestos en los que concurra una “justa causa” se deberá denegar o suspender este derecho.

El art. 160.2 párr.2º CC no define expresamente qué debe entenderse como “justa causa”, sino que simplemente se limita a señalar que de concurrir la misma se denegará a los abuelos el derecho a relacionarse con sus nietos. Estamos pues ante un concepto jurídico indeterminado, que el legislador ha decidido establecerlo así con la finalidad de otorgarle una gran amplitud y flexibilidad. En este sentido, pueden encuadrarse bajo el término “justa causa” todas aquellas situaciones que perjudiquen al menor, de tal forma que vayan en contra de su interés y beneficio, esto es, todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo, educación, dignidad o estabilidad emocional.

No obstante, hay que tener presente que para apreciar la existencia de una “justa causa” no es necesario que dicha causa origine un perjuicio cierto al menor, siendo suficiente con que haya un riesgo de que ello ocurra. En este sentido, la STS de 25 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3853) señala que “no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así (...) para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor”.

Por otro lado, un tema controvertido que se ha planteado por la doctrina es el de determinar si es necesario entender probada la existencia de “justa causa” para establecer relaciones entre los abuelos y los menores o, si, por el contrario, tal y como parece deducirse de la dicción del art. 160.2 CC, la “justa causa” solo ha de concurrir para excluirlas, presupuesto que, en principio, las mismas son beneficiosas para el menor y han de ser potenciadas.

La jurisprudencia se inclina claramente por la primera posición, la cual exige que no basta con que se demuestre que no existe una “justa causa” para conceder el derecho de relación a los abuelos, sino que es necesario demostrar que la relación que se pretende establecer entre abuelos y nietos es beneficiosa para estos últimos atendiendo al interés superior del menor. Por tanto, de lo que se trata es de acreditar que el régimen de relación que se pretende constituir contribuya de forma favorable al desarrollo personal, afectivo y psicológico del menor. En consecuencia, será necesario que los tribunales motiven de forma razonada sus resoluciones, de manera que quede suficientemente acreditado los motivos por los cuales se concede este derecho. En esta línea, la STS de 22 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3960) casa la sentencia recurrida precisamente por adolecer de esa falta de motivación: “La motivación contenida en la sentencia no expresa ni razona cuáles son las circunstancias que (...) llevan a dejarla sin efecto para establecer un régimen de comunicaciones de los abuelos con las nietas (...) La realidad es que esta sala no conoce el fundamento de su decisión más allá de una genérica remisión a criterios comunes a esta suerte de medidas, en particular del interés del menor, sin concretar si este interés quedaba satisfecho en la forma que determinó la sentencia del juzgado”. Y, de la misma forma, la STC de 8 de septiembre de 2014, rec. n.º 5167/2013 indica que “La decisión judicial (...) se fundamenta (...) sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores (...) En consecuencia, existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor en este ámbito decisorio, que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva”.

Se puede comprobar como la jurisprudencia lo que reclama es la acreditación de datos, elementos o circunstancias precisas y determinadas para limitar o denegar el derecho de relacionarse con los nietos, sin que resulte suficiente la mera alegación de posibles perjuicios genéricos. En relación con la acreditación de la protección del interés superior del menor, la prevalencia de este principio en las relaciones familiares conlleva la necesidad de que el establecimiento de estas relaciones, a través en estos casos del régimen de visitas que, en su caso se fije, conlleva la necesidad de probar la producción de efectos o consecuencias positivas para los menores con dichas medidas, de tal forma que no resulta suficiente la mera acreditación de una ausencia de efectos negativos. En esta línea, la SAP de Guipúzcoa, de 14 de marzo de 2014 (ECLI:ES:APSS:2014:209) revoca un régimen de visitas establecido a favor de los abuelos porque “el desarrollo de las visitas en tales términos en nada beneficia el interés de

los menores”. Igualmente la SAP de León de 12 de julio de 2010 (ECLI:ES:APLE:2010:946) establece que “La ausencia de pruebas que posibiliten y permitan articular un régimen de visitas, y en este supuesto de factible cumplimiento, impiden por sí mismo establecer un régimen de visitas, (...) pues a la apelante le corresponde no solo acreditar su derecho como abuela a relacionarse con su nieta, sino que dicha relación es realmente beneficiosa para la menor”.

En definitiva, una adecuada motivación debe proporcionarse siempre, y desde luego es imprescindible para justificar el hecho mismo de acordar esas relaciones. En muchos casos las sentencias se limitan a concluir que lo acordado es lo mejor para el niño, pero omiten razonar su decisión con relación a los elementos de hecho que dan sentido al caso. Por ello, no se debe conceder el derecho en todos aquellos casos en que únicamente se justifique la ausencia de una “justa causa”, sino que será necesario acreditar que la relación pretendida es beneficiosa para el nieto de acuerdo con el principio del interés superior del menor que, en definitiva, se constituye como el último criterio para conceder o denegar el derecho de relación de los abuelos con sus nietos.

Algunos de los supuestos en los que es necesario ponderar el interés superior del menor para determinar si existe o no “justa causa” los podemos encontrar en las relaciones conflictivas de los padres con los abuelos, cuando se constate la falta de una relación previa entre abuelos y nietos, o ante la negativa de los nietos a relacionarse con sus abuelos, entre otras.

En lo que respecta a las relaciones conflictivas entre padres y abuelos, la posición que se ha mantenido en la jurisprudencia es que la mera existencia de relaciones conflictivas o desencuentros entre estos y aquellos no debe suponer un obstáculo para que se establezca un régimen de relación de los abuelos con los nietos. Lógicamente, claro está, siempre que estas malas relaciones entre padres y abuelos no afecte a los menores, pues en estos casos sí que deberá ser denegada. En este sentido, la STS de 20 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6491) señala que “no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, sea porque se hayan separado, sea porque (...) las relaciones sean inexistentes aunque se mantienen los vínculos entre los progenitores” o se deba a “las malas las relaciones existentes entre la progenitora y su madre, abuela de la menor, cuando no afectan al interés de los menores”.

Por tanto, en caso de que exista una mala relación entre progenitores y abuelos, si estas no afectan a los menores, es conveniente mantener la relación entre abuelos y nietos,

pues de lo contrario estaríamos anteponiendo el interés de los padres al de los menores, lo que iría en contra del principio del interés superior del menor. Y, evidentemente, de lo que se trata es de salvaguardar el interés del nieto, de manera que la “justa causa” que impida las relaciones entre abuelos y nietos debe centrarse en buscar el interés del menor y no el de los padres.

Por lo que refiere a los síntomas de ansiedad y depresión de los progenitores, la STS de 20 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6491) casa y anula la sentencia de apelación recurrida la cual confirmaba la de primera instancia. El argumento que tuvieron estas dos últimas resoluciones es que los desencuentros y conflictos entre los progenitores y la abuela paterna le causaban al padre del menor un estado de ansiedad y otras afecciones como depresión e hipertensión, lo que consideran como “justa causa” debido a que podría repercutir negativamente en la integridad psicológica del menor y, por tanto, niegan el reconocimiento del derecho de la abuela a relacionarse con sus nietos.

Sin embargo, el TS afirma que “Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el Código civil del que solo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores cuyo interés es el protegido en el citado art. 160 CC”.

Y concluye que “en la valoración de los hechos probados, la sentencia recurrida ha tenido en cuenta, no el interés del menor, sino el del padre de los menores (...) porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela”.

En cuanto a la falta de relación previa entre abuelos y nietos, la STS de 18 de marzo de 2015, rec. n.º 194/2014 confirma la sentencia recurrida en la cual se deniega el régimen de comunicación y visitas pretendido por la abuela debido a “la escasa relación de la actora con su nieta en los primeros años de vida de ésta, inexistente por decisión voluntaria de la recurrente y escasa disposición para mantener la relación con su nieta de manera independiente al conflicto con sus padres”.

Por su parte, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de noviembre de 2004, rec. n.º 621/2004 considera que el hecho de que los abuelos lleven dos años sin ver a sus nietos no es motivo para denegar el régimen de relación, aunque sí considera excesivo el régimen establecido por la sentencia de primera instancia. De ahí que proceda a reducirlo.

En definitiva, serán los tribunales los que deben examinar cada caso en atención al interés superior del menor y determinar si esa falta de relación previa puede constituir “justa causa” para denegar el régimen de relación de los abuelos con sus nietos. Para ello habrá que valorar si ha existido o no una relación previa. De esta forma, si no ha existido una relación previa, difícilmente los tribunales se pronunciarán a favor de establecer un régimen de relación. En cambio, si ha existido una relación previa habrá que atender, principalmente, a las siguientes circunstancias: 1) el periodo durante el cual se ha suspendido la relación; 2) los motivos por los cuales se ha suspendido; y 3) los beneficios que la reanudación de las relaciones entre abuelos y nietos les pueden reportar a estos últimos.

Y, por último, en lo que respecta a la negativa de los nietos a relacionarse con sus abuelos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado reacios a admitir la negativa del menor a relacionarse con sus abuelos como “justa causa” para excluir el derecho de relación.

El principal argumento es que los deseos del menor no siempre coinciden con su interés. En este sentido, la STS de 28 de junio de 2004, rec. n.º 899/1999 afirma que no cabe “identificar lo expresado por ellos con su interés pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social”.

Por tanto, la simple negativa del niño no es causa suficiente para denegar tal derecho, sino que se deben tener en cuenta el resto de circunstancias concurrentes. En consecuencia, el establecimiento del régimen de relación entre abuelos y nietos no puede quedar a la decisión última y arbitraria del menor, sino que, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, habrá que estar a lo que dicte el interés superior del mismo.

No obstante, en otras ocasiones, la negativa del nieto a relacionarse con sus abuelos se debe a la mala relación que existe entre ellos. En estos casos, como hemos expuesto, hay que valorar el interés del menor por encima de su propia opinión o decisión, aunque, si no existe manipulación por parte de los padres, difícilmente el interés superior del menor aconsejará establecer una medida en contra de lo que el propio menor quiera, pues no creo que contribuya favorablemente a su desarrollo personal, afectivo y psicológico, especialmente cuando el menor se niega a relacionarse con sus abuelos por los conflictos y tensiones que existen entre ellos. En cualquier caso, habrá que estar a las circunstancias concretas del caso, pues no se debe valorar de igual forma la negativa de un niño de seis años que la de un adolescente de dieciséis.



PATRIA POTESTAD Y MENORES EN REDES SOCIALES

Las tecnologías de la información y la comunicación han experimentado un cambio vertiginoso en los últimos veinte años. El impacto de las nuevas tecnologías ha hecho que la realidad cotidiana de las familias, y que la sociedad en general cambie. Las redes sociales han revolucionado nuestra forma de relacionarnos, así como el concepto que, hasta fechas recientes, teníamos de intimidad. Dicha revolución tecnológica, sin perjuicio de su afectación en otros ámbitos, también ha tenido una repercusión importante en el ámbito del Derecho de Familia y de las relaciones familiares.

En la actualidad, son muchos los progenitores que deciden exponer la vida de sus hijos menores en este tipo de plataformas, sin llegar a ser conscientes en muchas ocasiones, de las graves consecuencias que esta sobreexposición puede acarrear para los menores en el futuro.

Todo ello ha hecho aparecer un auténtico *babyboom* de las llamadas *instamamis* o madres *influencers*, esto es, madres, y también padres, aunque en menor medida, que derrochan creatividad haciendo fotos de sus hijos, y exponiendo la vida de los menores en las redes sociales, sin ningún tipo de filtro y/o control.

Ese afán desmesurado por difundir la vida personal de los menores, que no ha dejado de crecer, ha dado lugar al fenómeno conocido como *"sharenting"* - anglicismo que proviene de *share* (compartir) y *parenting* (paternidad)- con el que se conoce a la publicación masiva de información e imágenes de los propios hijos a través de Facebook, Instagram y otras redes sociales.

Todo ello ha dado lugar a que, hasta la fecha, no haya existido otra generación de niños con una infancia tan pública; se está creando una identidad a los niños de la que ellos no son partícipes y de la que, cuando crezcan, puedan avergonzarse o arrepentirse. Por ello, es importante pensar en la posible repercusión que pueda tener esa foto en la vida futura del menor y, en base a ello, decidir si publicarla o no.

En dicho escenario, son muchos los problemas que surgen entre los titulares de la patria potestad cuando uno de ellos, por diversos motivos, se niega a esa sobreexposición

Nuria Martínez

Decana de la Facultad Derecho y Empresa UCV



de sus hijos en las redes sociales, y ello, al entender que este tipo de prácticas, colisiona frontalmente con los derechos de la personalidad del menor. El derecho a la intimidad, honor y a la propia imagen del menor, recogidos en el art. 18.1 CE, así como el art. 4 LO de Protección Jurídica del Menor, quedan seriamente afectados con este tipo de conductas, dejando abierta la puerta a todo tipo de peligros y riesgos. Se trata de derechos que deben ser protegidos, y ello aun en el supuesto de que conste el consentimiento del propio menor o de sus representantes legales, cuando se constate cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación sociales, que pueda implicar menoscabo para su imagen o reputación.

Además, todo lo anterior hay que ponerlo en relación con la protección de datos. La imagen del menor, en la que aparece de forma identificable, constituye un dato de carácter personal y en virtud del art. 7 del Reglamento Europeo de Protección de Datos, para que sea lícito su tratamiento, el interesado deberá otorgar su consentimiento y en el caso de no contar con la edad para ello, el consentimiento deberá otorgarse por los titulares de la patria potestad, y a falta de estos, de sus tutores.

En nuestro ordenamiento jurídico, la LO 3/2018, de Protección de Datos Personales, fija en catorce años la edad a partir de la cual, el menor podrá otorgar su aquiescencia para dicha publicación. Al respecto de esta

cuestión, una parte de la doctrina¹ ha sido crítica con dicho criterio, y ello al entender que hubiera sido preferible que la edad se hubiese fijado en los dieciséis años, tal y como establece el Reglamento europeo, y ello a fin de facilitar el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres, pues conforme está establecida, se dificulta dicho ejercicio en su dimensión del deber de velar. El art. 92 del referido texto legal, establece que, para la difusión de datos personales de los menores a través de las redes sociales, se debe contar con la aquiescencia del menor o de sus representantes legales si es menor de catorce años. Pero aun con ello y con todo, cuando se trata de la difusión de imágenes de menores en medios de comunicación, ni tan siquiera el consentimiento del propio menor maduro o de sus representantes legales, es suficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo del daño al interés superior del menor.

No debería perderse de vista que los padres, como titulares de la patria potestad sobre sus hijos, ostentan un conjunto de derechos y deberes, que les obligan a actuar en beneficio del interés superior del menor, y tienen la responsabilidad y el deber de proteger la imagen de sus hijos menores de edad.

No son pocas las ocasiones en las que los padres, vulneran inconscientemente los derechos fundamentales de sus hijos a través de las redes sociales, llegando en ocasiones a producir una situación de peligro. Puede que en apariencia consideren que el ejercicio de la patria potestad es el adecuado, pero la realidad es que pueden llegar a producirse excesos o infracciones ocasionales por actuar como si el menor fuera una prolongación más de sí mismos y/o un ser humano autónomo.

En este sentido, partimos de que la representación legal de los menores la ostentan ambos progenitores, y ello en cuanto que ambos son titulares de la patria potestad en virtud de lo previsto en los arts. 154 y 156 CC. El art. 156 refiere que, en caso de desacuerdo en dicho ejercicio, "...cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años,

atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre".

Como ya viene avalando nuestro Alto Tribunal y es doctrina consolidada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 2008 (Id Cendoj: 28079110012008101031), 17 de diciembre de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100754), 27 de enero de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100037), y la más reciente de 30 de junio de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100347), la reproducción y divulgación de imágenes de menores sin consentimiento de los padres o representantes legales, ha de ser considerada contraria al ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales del menor.

En la misma línea, esta decisión ha sido igualmente refrendada por la mayoría de las Audiencias Provinciales; entre otras, han seguido dicha doctrina la SAP Pontevedra de fecha 4 de junio de 2015 (Id Cendoj: 36038370012015100195), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio de 2018 (Id Cendoj: 38038370012018100356), SAP de Alicante de 18 octubre 2017 (Id Cendoj: 03014370042017100286), SAP Asturias de 15 de mayo de 2018; todas ellas han referido que, tras la ruptura, la titularidad de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, corresponde a ambos progenitores y que para la publicación de fotografías en las redes sociales, será necesario contar con el consentimiento de ambos, y en caso de discrepancia, será el Juez quien decida qué progenitor debe decidir, siguiendo los cauces del art. 86 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Recientemente, la Sala Primera, en sentencia del pasado 11 de noviembre de 2021 (Id Cendoj: 28079110012021100788), trataba un supuesto en el que se consideró creíble el testimonio de la madre, en el sentido de que ella subió la foto del menor a sus redes sociales respetando lo pactado con el padre, con quien entonces tenía buena relación, ya que el menor aparecía de lado, no era reconocible y transmitía una imagen familiar y de tranquilidad. Por ello, se consideró en las dos instancias que no le resultaba exigible a la demandada, pixelar la imagen del niño.

Junto a todo ello, y para endulzar más la cuestión, no hay que olvidar ni perder de vista en toda esta problemática, el uso social y la presencia que actualmente tienen las nuevas tecnologías en la vida de los menores. Como refiere el magistrado PÉREZ MARTÍN²,

¹ CORDERO CUTILLAS, I., "Responsabilidad de padres y centros docentes privados por las lesiones de los derechos de la personalidad causadas por los menores de 14 años en redes sociales", en *Internet y los Derechos de la Personalidad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 143-179.

² PÉREZ MARTÍN, A.J., "Los expedientes de



las TIC han invadido nuestras vidas y las de nuestros hijos, y se debe entender que forma parte del uso social que uno de los progenitores publique una instantánea de su hijo menor siempre que con ello, no se produzca un menoscabo en la honra o reputación del mismo en relación con el deber de velar. Por ello, y pese a lo que refiere el art. 156 CC, no se debe olvidar la precisión incluida en el precepto en cuanto que, “serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social”. De este modo, pretender que los progenitores acudan a un procedimiento de jurisdicción voluntaria cada vez que uno de ellos quiera publicar una instantánea del menor en las redes sociales, provoca una excesiva judicialización de la vida de las familias, al margen y además de conllevar un desgaste económico y, peor mucho que esto, emocional importante.

jurisdicción voluntaria en materia de Derecho de Familia. Dos años de experiencia. Visión judicial”, en *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba*. Ed. J.M. Boch, Barcelona, 2018, pp. 406-434.

Al respecto de esta cuestión, la AP Barcelona, en sentencia de fecha 15 de mayo de 2018 (Id Cendoj: 08019370122018100482), refería que, ante la realidad social que evidencia la dificultad de control sobre la privacidad de aquello que se ha publicado en redes sociales y los excesos que se producen diariamente con la información divulgada, gravísimos cuando se implica a los menores de edad, no puede pretenderse incardinar estos actos con aquellos que cada uno de los titulares de la patria potestad pueda llevar a cabo válidamente por separado “conforme al uso social”.

A partir de ahí, la polémica está servida, y por ello, una vez más y como es habitual en el Derecho de Familia, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto, analizarlas y ver si se produce o no vulneración de derechos de los menores con la publicación realizada, así como encontrar el tan ansiado equilibrio en este tipo de situaciones...

En la actualidad, y en un intento de evitar problemas futuros derivados de la publicación de las imágenes de los menores en las

redes, es cada vez más habitual que cuando los progenitores se separan o se divorcian, se incluya ya en el convenio regulador una cláusula en la que se especifique si ambas partes están de acuerdo o no con la publicación por parte del otro progenitor de imágenes en redes sociales, o en su caso, establecer una serie de condicionantes para que se entienda prestado el consentimiento, como por ejemplo que la red social no sea pública. En este sentido se pronunció el Auto de la AP Valencia núm. 412/2020 de 16 de julio de 2020 (Id Cendoj: 46250370102020200345), al aprobar el acuerdo alcanzado por las partes “en orden a regular la publicación en redes sociales y cualquier otro medio de difusión o comunicación de la imagen de su hijo menor de edad, y con la única voluntad de proteger su derecho a la intimidad y el honor en los siguientes términos: Que no podrá realizarse publicación alguna de la imagen del menor en la red social Instagram.”

Por el contrario, la reciente sentencia de la AP Pontevedra, de fecha 6 octubre 2021 (Id Cendoj: 36038370012021100563), se pronunciaba en términos de acordar que la imagen del menor no fuera utilizada por ninguno de los progenitores en sus redes sociales o aplicaciones análogas, ni de manera pública ni privada.

Ninguna duda cabe de que, dentro del ejercicio responsable de la patria potestad por parte de los padres, les corresponde también la supervisión del uso que están haciendo sus hijos menores de las nuevas tecnologías y ello por los peligros que conlleva, pero sin que puedan llevar a cabo prohibiciones absolutas que podrían llegar a ser perjudiciales, condenando al menor a una situación de aislamiento digital en los ámbitos social y familiar. No hay que olvidar el derecho del menor a la participación en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, conforme refiere el art. 71 LOPJM. En estos términos lo ha referido, entre otras, la SAP Asturias de 13 de marzo de 2019 (Id Cendoj: 33044370042019200031).

A la vista de todo ello, es evidente el conflicto que plantea el derecho a la intimidad del menor y el deber de velar de la titularidad de la patria potestad, y todo ello junto con la necesidad de no aislar al menor de las nuevas tecnologías, que podría llevar a convertirlo en lo que se ha denominado un “ermitaño digital”.

La vida privada de los niños es suya no de sus padres, si bien estos son los máximos garantes de la misma durante su minoría de edad. Los profesionales de la psicología in-

fantil, afirman que, aunque puedan parecer graciosas determinadas instantáneas de los menores, puede que a ellos no se lo parezca y que hay que pensar si al niño le gustará aparecer vestido de una determinada forma en las redes sociales.

Si bien hasta la fecha no ha sido muy habitual en nuestro país que se planteen situaciones derivadas de la sobreexposición de los menores en las redes sociales por parte de sus progenitores, ya ha habido algunos casos de hijos que han denunciado a sus padres por vulnerar su derecho a la intimidad. Por contra, sí han sido más habituales en países europeos como Italia, donde ya hay resoluciones en las que se ha condenado a la madre por difundir noticias, datos, imágenes y videos de sus hijos menores de edad en las redes sociales, condenándola a eliminar dicho contenido y a indemnizarle con la suma de diez mil euros. También en países como Austria, donde una joven de 18 años, demandó a sus padres por compartir más de 500 fotografías suyas en Facebook sin su consentimiento. En similares términos, en Canadá, un niño de 13 años interpuso una querrela contra sus progenitores por la publicación de unas imágenes que, en opinión del menor, arruinaban su reputación...

Ninguna duda cabe de que una sobreexposición del menor en las redes sociales, podría considerarse una desprotección por parte de los padres, y ello, aun cuando ambos hayan consentido en dicha publicación, y todo al margen y además de las consecuencias que se podrían producir por los daños producidos. Por ello, y para evitar la judicialización en este tipo de cuestiones, cada vez más habituales, apelar al sentido común y a la responsabilidad de los titulares de la patria potestad, así como a la necesidad de educar a los hijos en el uso responsable de las redes sociales para garantizar el desarrollo de su personalidad.

ABOGADOS DEL SIGLO XXI

ANTES DE QUE TE VAYAS DE VACACIONES:

3 IDEAS PARA QUE DISFRUTES MÁS DEL VERANO

FACTURA: ten presente que el tercer trimestre del año tiene un **mes cojo: AGOSTO**.

Los autónomos, si no trabajamos no cobramos. Si te vas de vacaciones y encima, no facturas, cuando vuelvas en septiembre no podrás pagar tus gastos. Por tanto, trata de facturar todo lo que tengas que facturar, y de mandarles la factura a tus clientes, antes de irte de vacaciones.

Tus clientes tendrán un mes por delante para abonártela, sin tener al sabueso de su abogado recordándoles que la pague. Además, si cuando vuelves de vacaciones, no te lo han pagado, podrás decirle con razón que hace dos meses que les mandaste la factura.

¡Ya! Sé lo que me dices cuando salgo con el rollo de facturar un día fijo a la semana: "¡ya me gustaría tener asuntos que facturar todas las semanas!". Déjame que te cuente dos secretos:

- 1º Si fraccionas el pago en tu hoja de encargo y domicilias los cobros por banco, se genera un proceso automático y de un flujo de caja que dará brillo a tu trabajo.
- 2º Si revisas los asuntos uno por uno, siempre sale alguno que está pendiente de facturar. Esto, además, tiene un doble efecto en tus neuronas: la percepción de control de los asuntos, que te permitirá irte de vacaciones, sabiendo que está todo controlado.

ANALIZA. Tu despacho es un negocio, una empresa de servicios. Puedes aprovechar, cuando hagas la facturación, para analizar las horas que has dedicado a cada asunto.

Aprovecha que en julio bajan los señalamientos, para analizar tu facturación. Este dato es muy importante para saber la rentabilidad de cada asunto, de cada cliente; para analizar cuantas ganas de cada especialidad de tu despacho y cuáles son tus asuntos más rentables.

Analiza también qué cliente te mandan a otros clientes, y mándales una carta manuscrita o un mail, deseándoles que pasen unas felices vacaciones.

Cuidar de tu negocio te hará sentir a gusto contigo mismo y te diré que, además, analizar de este modo tu despacho, puede llegar a convertirse en un auténtico vicio, te da una información increíble que te ayudará a crecer en tu negocio.

DESCONECTA: sé que cuesta y por eso te voy a contar un secreto que, a mí (aunque me dé vergüenza reconocerlo) me sigue funcionando:

Si pensar en tu familia y en los tuyos, no te ayuda a desconectar de los asuntos y del trabajo, piensa que **también tu trabajo te exige y te ORDENA que desconectes** en vacaciones.

Tu trabajo te exige que, a la vuelta, regreses con las pilas cargadas y al cien por cien, por tanto, recuerda: **¡No hay excusa para no desconectar!**

Además, se ha demostrado que cuando estas focalizado mucho tiempo en un asunto y desconectas, en ese momento, tu subconsciente empieza a mandarte las grandes ideas. El consciente lógico del razonamiento, se queda aparcado y tu mente subconsciente empieza a trabajar, como lo suele hacer: **con la intuición**, con la relación de cosas que nunca hubieras imaginado y que te llevan a soluciones increíbles, a ver los enfoques diferentes a los problemas que, meses atrás, eran graves e importantes.

Si desconectas, al regreso de las vacaciones, verás que lo relevante se ha vuelto inocuo y lo complejo sencillo.

¡Ah!, y no veas la televisión ni los telediarios. De lo importante... te enteraras igual. Y los tuyos disfrutarán de ti.

¡Felices vacaciones!



DETERMINACIÓN DE LA GANANCIA PATRIMONIAL QUE SE OBTIENE EN LA VENTA DE UNA VIVIENDA ADQUIRIDA MEDIANTE COMPENSACIÓN AL EXCÓNYUGE

(CONSULTA VINCULANTE V0548-22, DE 18 DE MARZO)



1. La Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) ha emitido una consulta en la que analiza una cuestión relevante a efectos de determinar la ganancia patrimonial a declarar en el IRPF del contribuyente cuando la transmisión resulta de una vivienda adquirida, en parte, mediante compensación al excónyuge. Para ello, sucintamente, vamos a exponer los hechos acaecidos:

Con motivo de su divorcio, en el año 2003, el consultante y su excónyuge disuelven el condominio existente sobre la vivienda habitual del matrimonio en la que participaban ambos al 50% desde su adquisición en 1996. El consultante pasó a ser titular del 100% de la vivienda, asumiendo el 100% de la hipoteca

que gravaba dicha vivienda y compensando a su excónyuge en metálico por la diferencia correspondiente. Asimismo, señala el consultante que en 2015 alquiló dicha vivienda y pasó a residir en una nueva vivienda adquirida en ese mismo año, financiando parte del precio con un crédito hipotecario.

Actualmente, se plantea la venta de la vivienda adquirida en 1996 y destinar el importe obtenido a la cancelación de los préstamos hipotecarios.

Con estos elementos fácticos, la consulta analiza y determina, a efectos de calcular la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de la vivienda, cuál es el valor de adquisición; si en la determinación

de éste se deben tener en cuenta los ingresos procedentes del arrendamiento de la vivienda; y la eventual aplicación de la exención por reinversión posterior.

2. Para dar respuesta a las cuestiones planteadas, se debe acudir a la normativa siguiente: Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF) y el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, RIRPF).

Tal y como establece el artículo 33.1 LIRPF, “son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos”. El apartado 2 del mismo precepto establece que se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: a) en los supuestos de división de la cosa común; b) en la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación; c) en la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros (estos supuestos no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos).

Establecido el marco jurídico de la tributación en la variación patrimonial producida como consecuencia del divorcio, lo primero que pone de manifiesto la DGT es que: “la disolución de una comunidad de bienes y la posterior adjudicación a cada uno de los comuneros de su correspondiente participación en la comunidad no constituye ninguna alteración en la composición de sus respectivos patrimonios que pudiera dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial, siempre y cuando la adjudicación se corresponda con la respectiva cuota de titularidad. En estos supuestos no se podrán actualizar los valores de los bienes o derechos recibidos, que conservarán los valores de adquisición originarios, y, a efectos de futuras transmisiones, las fechas de adquisición originarias.

Solo en el caso de que se atribuyesen a uno de los comuneros (cónyuges en este caso) bienes o derechos por mayor valor que el correspondiente a su cuota de titularidad, existiría una alteración patrimonial en el otro cónyuge, generándose una ganancia o pérdida patrimonial.

Así ocurre en el caso objeto de consulta, en el que la adjudicación no se corresponde con la

respectiva cuota de titularidad, puesto que, la vivienda se adjudicará al consultante que compensará a su excónyuge con un pago en metálico y con la asunción del crédito hipotecario que le corresponde a esta, lo que originará en su excónyuge una ganancia o pérdida patrimonial”.

En función de lo antedicho, la consulta concluye que el importe de esta ganancia o pérdida patrimonial se determinará, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LIRPF, por diferencia entre los valores de adquisición y de transmisión, valores que vienen definidos en los artículos 35 y 36 del mismo texto legal. Es decir, el valor de adquisición será el importe real por el que dicha adquisición se hubiere efectuado, y el valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado (deducidos los gastos y tributos que procedan), siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá éste.

Atendiendo al caso planteado, el valor de adquisición del 50% de la vivienda que adquirió en 1996 estará formado por el importe real por el que dicha adquisición se hubiese efectuado, más el coste de las inversiones y mejoras efectuadas y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por el adquirente. Por su parte, el valor de adquisición del 50% de la vivienda adquirida en 2003 con motivo de la disolución del condominio será la suma de la compensación en metálico más la carga hipotecaria asumida por el consultante que correspondía a su excónyuge en el momento de la disolución del condominio, así como los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, y en su caso, el coste de las inversiones y mejoras efectuadas.

3. Una vez analizada la fiscalidad derivada de la alteración patrimonial entre los cónyuges divorciados, procede dar respuesta a la cuestión planteada sobre los efectos que el arrendamiento pueda tener en la ulterior transmisión de la vivienda.

Como reconoce el consultante, tras la adquisición del 100% de la vivienda, ésta ha estado arrendada durante varios años. En consecuencia, durante dicho periodo habrá obtenido rendimientos de capital inmobiliario conforme al artículo 22 LIRPF. Sobre esta situación, el artículo 40 RIRPF establece que: el valor de adquisición de los elementos patrimoniales transmitidos se minorará en el importe de las amortizaciones fiscalmente deducibles, computándose en todo caso la amortización mínima, con independencia de la efectiva consideración de ésta como gasto.

Por todo ello, la respuesta de la DGT sobre esta circunstancia es que “deberá tenerse en cuenta la amortización mínima, con independencia de su efectiva consideración como gasto, aclarando el precepto que se considerará como amortización mínima la resultante del período máximo de amortización o el porcentaje fijo que corresponda, según cada caso. El porcentaje fijo que proceda, se aplicará en función del número de días en que el inmueble hubiera estado arrendado en cada período impositivo.

En consecuencia, a efectos del cálculo de la ganancia patrimonial que pueda generarse en la transmisión de la vivienda, en la determinación del valor de adquisición el consultante deberá minorar el importe de las amortizaciones fiscalmente deducibles (durante el periodo de arrendamiento) con independencia de que las haya practicado o no, de acuerdo con lo expuesto”.

4. Por último, sólo resta analizar la cuestión planteada sobre la posible exención por reinversión en vivienda habitual. Dicha opción viene regulada en el artículo 38.1 LIRPF y, en su desarrollo, en el artículo 41 RIRPF. Este último precepto establece que “podrán gozar de exención las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto en la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente cuando el importe total obtenido se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual”. Para la calificación de la vivienda como habitual, se estará a lo dispuesto en el artículo 41 bis RIRPF, el cual dispone que la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

Para poder acogerse a la exención, la consideración como habitual de la vivienda ha de concurrir en ambas viviendas: en la que se transmite y en la que se adquiere. Teniendo en cuenta que se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión.

Ante este escenario, la DGT responde que “en el caso consultado, según los datos aportados la adquisición de la nueva vivienda se produjo en 2015, y la transmisión de la vivienda precedente aún no ha tenido lugar, por lo que, cuando ésta se transmita habrá transcurrido el plazo de los dos años desde la adquisición al que se refiere el artículo 41.3 del RIRPF.

Además de lo anterior, el consultante manifiesta que en el año 2015 adquirió una nueva vivienda habitual a la que se trasladó y que destinó al arrendamiento su vivienda habitual precedente, por lo que desde ese momento dicha vivienda habría dejado de tener la consideración de vivienda habitual para el consultante. Por tanto, cuando se realice su transmisión no se cumpliría el requisito de que la vivienda hubiera tenido la consideración de habitual para el consultante en el momento de la venta o en cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de la transmisión, tal y como exige el artículo 41 bis.3 del RIRPF.

En consecuencia, no resultara de aplicación la exención por reinversión, que opera para los supuestos de transmisión de vivienda habitual, a la ganancia patrimonial que en su caso se ponga de manifiesto en la referida transmisión.

Finalmente, resta por indicar que la ganancia o pérdida patrimonial derivada de la transmisión de la vivienda se integrará en la base imponible del ahorro en la forma prevista en el artículo 49 de la Ley del Impuesto”.

Por último, sólo resta indicar que la contestación a consultas tributarias escritas tiene efectos vinculantes, en los términos previstos en el artículo 89 LGT, para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos en su relación con el consultante. Sin embargo, dicha respuesta tendrá carácter informativo para el obligado tributario que no podrá entablar recurso alguno contra dicha contestación pero podrá hacerlo contra el acto o actos administrativos que se dicten posteriormente en aplicación de los criterios manifestados en la consulta.

Fernando Hernández Guijarro

Profesor de Derecho Tributario de la Universitat Politècnica de València



NUEVA SENTENCIA DEL TS, CONFIRMANDO LA DOCTRINA DE QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMERCIAL ES CONTRARIA AL ORDEN PÚBLICO

1. El art. 10.1 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”; y, en consecuencia, el art. 10.2 de la misma dispone que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Sabemos, sin embargo, que, en la práctica, sucede que parejas estériles (o formadas por miembros del mismo sexo) acuden a países donde está permitida la gestación por sustitución, donde conciertan un contrato de útero de alquiler; y, una vez que nace el niño, lo inscriben en el Registro Consular, como si fuera hijo suyo. Se trata de una práctica que se opone a lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, precepto que tiene un claro carácter imperativo y determina la formación del orden público español.

La STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882) confirmó la cancelación de la inscripción de la filiación, que había sido realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles, con apoyo en una certificación registral californiana, en favor de dos varones, que habían acudido a la gestación por sustitución. Consideró que tal inscripción iba contra el orden público español, pues en “nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia



disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

En diversas ocasiones, ya he dicho que no puede considerarse que la posición de la legislación española “per se” sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para este sea que se le reconozca la filiación, siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el “interés del menor”, respecto del cual no existe unanimidad.

Por otro lado, hay que insistir en que, conforme al art. 10.3 de la Ley 14/2006, cabe que, siendo uno de los comitentes el padre biológico reclame la paternidad y, posteriormente su cónyuge (cualquiera que sea su sexo) lo adopte, sin necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2º.2. CC), como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de

desamparo por no ocuparse la madre gestante de su hijo.

2. No obstante, es de todos conocido que la Instrucción de la DGRN (hoy DGSJFP) de 5 de octubre de 2010 mantiene una posición sobre la materia, contraria a la Ley y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

a) En su directriz segunda, afirma que: “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

b) Por el contrario, sí que admite la inscripción en los Registros civiles consulares de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, cuando, al menos, uno de los solicitantes sea español y se presente ante el encargado del Registro una resolución judicial, dictada en el país de origen.

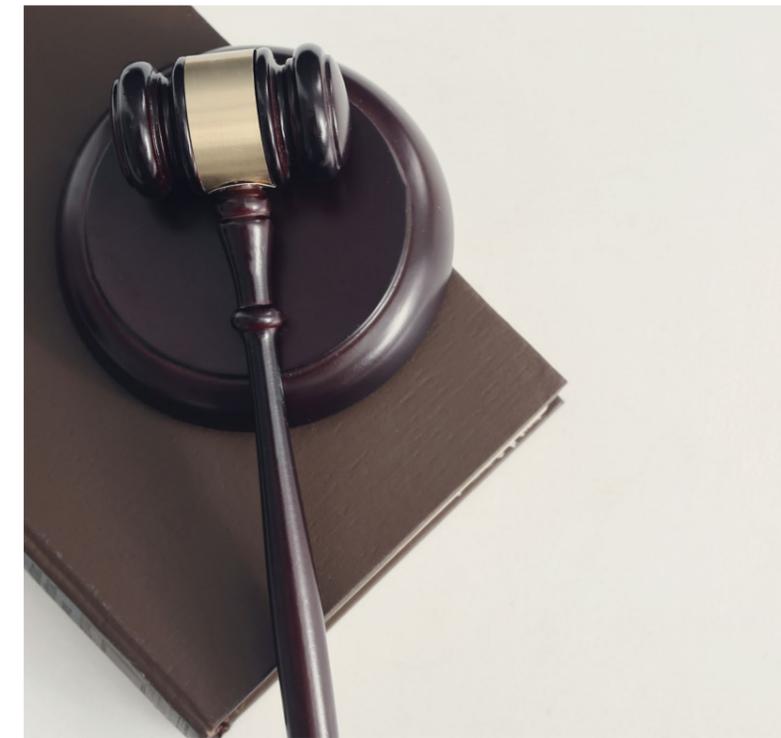
Por consiguiente, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, que (salvo que resulte de aplicación un Convenio Internacional) habrá de ser objeto de exequátur, conforme al procedimiento establecido en los arts. 52 y ss. de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Así lo exige, como regla general, la directriz primera de la Instrucción, según la cual: “Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur” (párrafo segundo).

Sin embargo, la misma directriz, en su párrafo tercero, establece que no será necesario acudir al procedimiento de exequátur, cuando la resolución judicial extranjera “tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, disponiendo que, en tal caso, “el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España”.

En este mero control incidental -continúa la Instrucción- el encargado “deberá constatar: a)

La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en



la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”.

Anteriormente ya he expresado mi parecer de que la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque, en definitiva, está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la L 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma esta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer.

Podría replicarse que en la actualidad la idea de “orden público atenuado” permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro Derecho. Esta idea ha posibilitado, por ejemplo, que, existiendo varias mujeres unidas a un único varón, el matrimonio pueda ser tenido en cuenta en orden a la percepción de una pensión de viudedad; o que un acogimiento constituido judicialmente en un país islámico pueda dar lugar a un reagrupamiento familiar (siendo equiparado a una tutela dativa). Sin embargo, en estos casos, no se admite la recepción sustantiva de la institución misma, es decir, no se permite la inscripción de un matrimonio en el que los cónyuges sean más de dos personas, como tampoco la inscripción como adopción de un acogimiento de carácter islámico (que en el país de origen no genera una relación de filiación). Creo que en el supuesto que nos ocupa, sucede algo semejante: no es que la Instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible.

3. La reciente STS (Pleno) 31 marzo 2022 (Tol 8898029) ha ratificado la doctrina de que la gestación por sustitución comercial (que era la contemplada en el caso enjuiciado) es contraria al orden público, “vulnerando gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte”.

Dice, así, que, “Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”, y más adelante: “En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano”.

Igualmente invoca el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se define la venta de niños (proscrita por el art. 35 de la Convención) como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”, así como el Informe de la Relatora Especial

ante la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018, según el cual “la gestación por sustitución comercial entra de lleno” en dicha definición cuando concurren tres elementos: a) la “remuneración o cualquier otra retribución”; b) “el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes)”; y c) “el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño)”; precisando que “La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución”.

Hay que observar que, en el caso resuelto, no se pretendía –como en el contemplado en la STS 6 febrero 2014– el reconocimiento en España de un acto de una autoridad extranjera. La demanda origen del procedimiento había sido interpuesta por el padre de una mujer, que había sido reconocida en México como madre legal de un niño nacido mediante sustitución por gestación. En ella, con apoyo en el art. 131.I CC, se pretendía que se reconociera la maternidad de la hija por posesión de estado, ya que el niño había convivido dos años con ella, habiéndolo tratado como hijo durante este período, argumentándose, además, que no era posible acudir a la adopción, por existir una diferencia de edad superior a los 45 años entre ellos.

El TS pone de manifiesto la falta de legitimación activa del padre del comitente para ejercitar la acción, pues la filiación reclamada se oponía a otra legalmente determinada, esto es, a la de la madre gestante, a tenor del art. 10.2 de la Ley 14/2016 (aplicable, conforme al art. 9.4 CC). Pero su argumentación va más allá, puesto que en la demanda se había invocado también el interés superior del menor y en la sentencia recurrida se había estimado aquélla, haciéndose referencia al interés del niño a “no mudar la naturaleza del modelo familiar en que vive”.

El TS toma en consideración el interés superior del niño, pero niega que el mismo deba llevar a un reconocimiento directo de la relación de filiación en un proceso iniciado por quien carecía de legitimación activa para instarlo.

Indica que la vía por la que debe tener lugar el establecimiento de la relación de filiación es la de la adopción; y es en este ámbito, en el que debe apreciarse el interés superior del niño, dándose relevancia a la relación familiar de hecho que mantiene con la comitente, en orden a acreditar con “prontitud” el requisito de su idoneidad para la adopción, e, incluso, suprimiéndose dicho requisito por aplicación



del núm. 3º del art. 176.2 CC (al haber existido una guarda de hecho por un tiempo superior a 1 año).

Respecto de la cuestión de la diferencia de edad entre el menor y comitente, afirma que no se trata de un “obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto” (no es necesario, según el art. 175.1 CC, en los casos previstos en el artículo 176.2 CC), “tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años”.

Concluye, afirmando que “Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto”, “pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales”, “como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general”, “que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios

niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones”.

Esta sentencia, que esperamos sirva para hacer reflexionar a la DGSJFP, se encuentra en la línea marcada por el Dictamen Consultivo del TEDH (Grande Chambre), de 10 de abril de 2019 (demanda nº P16-2018-001), que ha señalado que el establecimiento de la maternidad no tiene por qué realizarse a través de la inscripción en el Registro Civil nacional en base al certificado de nacimiento extranjero, sino que se puede acudir a otras vías, como es la de la adopción, siempre que se garantice la efectividad y celeridad de las mismas, de acuerdo con el interés superior del niño.

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

