

**L'ACTUAL PAPER DELS PADRINS
EN LES FAMÍLIES. ESPECIALMENT,
LES RELACIONS DELS PADRINS AMB ELS
NÉTS A L'EMPARA DEL DRET CIVIL**

L'actual paper dels padrins en les famílies. Especialment, les relacions dels padrins amb els néts a l'empara del dret civil

Maria Nélide Tur Faúndez

Resum

El cada vegada creixent envelliment de la població, conseqüència, com és sabut, del descens de l'índex de natalitat, així com de l'increment de l'esperança de vida, aconsella aturar-se en l'anàlisi de la situació actual de les persones grans. A més, l'existència de nous models familiars i la incorporació de la dona al món laboral i, en conseqüència, la imprescindible, en moltes ocasions, participació dels padrins a la vida familiar, fan necessari que el Dret articuli els mecanismes precisos per a la protecció d'aquest ampli sector de la població.

En aquest sentit, l'objecte d'aquest treball és posar en relleu com, en l'actualitat, el nostre Dret regula el paper d'aquestes persones grans en l'entorn familiar, tant com a beneficiaris de prestacions familiars —és a dir, des d'un punt de vista passiu, de creditors de la família— com des del punt de vista actiu —com a prestadors d'assistència en el si de la família—, i concretament, dins d'aquesta segona perspectiva, ens proposem analitzar les relacions dels padrins amb els néts. Per aquest motiu, deixarem a part qüestions tals com el contracte d'aliments, el contracte d'acolliment (regulat en algunes comunitats autònomes, com Catalunya o Navarra) o les situacions de guarda de fet que no es desenvolupin en l'entorn familiar.

Resumen

El cada vez mayor envejecimiento de la población, consecuencia, como es sabido, del descenso del índice de natalidad, así como del incremento de la esperanza de vida, aconseja detenerse en el análisis de la situación actual de las personas mayores. Además, la existencia de nuevos modelos familiares y la incorporación de la mujer al mundo laboral y, en consecuencia, la imprescindible, en muchas ocasiones, participación de los abuelos en la vida familiar, hacen necesario que el Derecho articule los mecanismos precisos para la protección de este amplio sector de la población.

En este sentido, el objeto de este trabajo es poner de relieve cómo, en la actualidad, nuestro Derecho regula el papel de estas personas mayores en el seno familiar, tanto como beneficiarios de prestaciones familiares —es decir, desde un punto de vista pasivo, de acreedores de la familia— como desde el punto de vista activo —como prestadores de asistencia en el seno de la familia—, y concretamente, dentro de esta segunda perspectiva, nos proponemos analizar las relaciones de los abuelos con los nietos. Por este motivo, dejaremos aparte cuestiones tales como el contrato de alimentos, o el contrato de acogimiento (regulado en algunas comunidades autónomas, como Cataluña o Navarra) o las situaciones de guarda de hecho que no se desarrollen en el seno familiar.

1. Participació passiva dels padrins en la família. Les persones grans com a beneficiàries o creditors de prestacions familiars

Un dels problemes més comuns i greus de la població gran és la falta de recursos econòmics, que ve donada bàsicament per la fi de la vida laboral. Al marge de la ineludible responsabilitat dels poders públics, que han de garantir a aquestes persones unes condicions de vida dignes, la família juga, des del punt de vista del Dret, un paper important, que es posa de manifest en figures com el dret d'aliments.

Amés, l'augment de l'esperança de vida i, amb això, el de les malalties degeneratives associades a l'edat, provoquen situacions d'incapacitat de fet, que poden ser de caràcter temporal o definitiu. I encara que el nostre Ordenament no reconeix una altra incapacitat que la que és conseqüència d'una sentència d'incapacitació, en aquests casos solen aparèixer persones que assumeixen les funcions tutelars de forma espontània, sense que aquestes funcions els hagin estat legalment conferides. Quan això ocorre, estem davant el cuidador informal o el guardador de fet. Tractaré, a continuació, del dret d'aliments i del cas del cuidador informal, destacant les particularitats que aquestes figures presenten quan es refereixen als padrins.

1.1. El dret d'aliments

El nostre Codi Civil regula en els seus articles 142 et seq. la prestació alimentosa entre parents. Concretament, l'article 143 CC estableix que ascendents i descendents queden recíprocament obligats a prestar-se aliments, la qual cosa implica que aquesta obligació pot recaure en els primers respecte als segons o viceversa. Entre els descendents, no només s'inclou els fills, sinó els néts i besnéts, però es preveu un ordre de prelación basat en la proximitat de parentiu, de manera que els parents més propers exclouen els més remots. A més, quan existeixen diversos parents en el mateix grau de parentiu amb possibilitat de prestar aliments, tots estaran obligats a prestar-los en proporció al seu respectiu cabal (art. 145.1 CC). D'aquesta manera, excepte en cas de necessitat urgent o per circumstàncies especials, l'ascendent només podrà dirigir-se a cadascun dels descendents en la part que li correspongui en funció dels seus respectius recursos (obligació mancomunada). No obstant això, el treballador social ha admès de forma reiterada que quan existeixen diversos subjectes obligats a prestar aliments, el creditor pot reclamar-los a qualsevol d'ells, sempre que es justifiqui que els nomenats amb preferència a satisfer la prestació manquen de mitjans per atendre-la (STS de 13 d'abril de 1981, RA 2685). Així doncs, coexistint fills i néts, si els primers manquen de mitjans per fer front a l'obligació d'aliments, l'ascendent podrà reclamar-los directament dels néts, sempre que justifiqui la falta de mitjans dels fills.

La pràctica demostra, no obstant això, que les reclamacions d'aliments de persones grans als seus descendents són molt escasses; i això es deu, probablement, a dues causes (Martínez 2004):

- Perquè en l'actualitat les situacions de necessitat han disminuït com a conseqüència de la protecció social;
- Perquè, encara que existeix aquesta necessitat, els pares o altres ascendents són poc inclinats a reclamar als fills.

Així, mentre que les persones grans no tenen cap problema a reclamar a l'Administració les prestacions que els corresponguin o a utilitzar els serveis socials, no solen, en canvi, reclamar als seus descendents, en molts casos, segurament, perquè no els resulta fàcil assumir el canvi de rol en la família: de prestador a receptor d'aliments. A més, encara en el cas que admetin la seva situació de necessitat, els ascendents esperen que se'ls ajudi de manera espontània, sense necessitat de recórrer a la reclamació per via judicial.

La no reclamació dels aliments té conseqüències importants, ja que, si bé el compliment voluntari suposa un veritable compliment d'una autèntica obligació jurídica, quan els fills no compleixen espontàniament, és necessària una reclamació judicial. I és que, encara que els aliments són exigibles des que sorgeix la necessitat del progenitor, només s'abonaran des de la data en què siguin demandats, com assenyala l'art. 148 CC. Per tant, si no són reclamats pel creditor alimentós, ningú podrà exigir als fills o descendents el compliment.

En efecte, l'acció d'aliments té un caràcter personal: la titularitat del dret és inherent al necessitat i no és possible la seva transmissió ni la possibilitat que un altre l'exerciti. El progenitor necessitat és, per tant, l'únic legitimat per dirigir-se als seus fills i sol·licitar la prestació. Si per qualsevol motiu decideix no reclamar, ningú més pot fer-ho per ell, ni tan sols un tercer que hagués avançat els aliments. El TS s'ha pronunciat en nombroses ocasions sobre aquest punt i distingeix entre el temps de naixement del dret i el temps d'exigibilitat dels aliments: la reclamació judicial és la que concreta la prestació, encara que el dret a reclamar hagi nascut amb anterioritat (veg. en aquest sentit i entre unes altres, SsTS de 8 d'abril de 1995, RA 2991, i 14 de juny de 2011, RA 4527). En definitiva, l'art. 148 CC impedeix retrotreure els efectes de l'obligació de prestar aliments en el moment en què es produeix la necessitat, i estableix que els aliments «no s'abonaran fins a la data en què s'interposi la demanda».

La qüestió anterior planteja certs problemes en aquells casos en què el deutor o algun dels deutors alimentosos no compleixen amb la seva obligació i un tercer, que pot ser un altre parent, un amic o, fins i tot, una entitat pública o privada, cobreixen les necessitats de l'alimentista. En cas que no existeixi el citat art. 148 CC, l'aplicació de l'art. 1894.1 CC, relatiu a la gestió de negocis aliens, li conferiria a qui ha satisfet els aliments una acció de reemborsament contra l'obligat. No obstant això, aquesta possibilitat és discutida en la doctrina: així, mentre que per alguns autors (Martínez 2004) no és possible aquest dret de reemborsament perquè es troba condicionat per la prèvia reclamació d'aliments per

part del creditor, reclamació que té un caràcter molt personal; altres han defensat que el dret de reintegrament existeix sempre que concorrin els pressupostos per al naixement de l'obligació d'aliments, encara que el creditor no els hagi reclamat judicialment.

Possiblement, per resoldre, almenys en part, aquesta situació, l'art. 261 del Codi de Família català ha ampliat la legitimació per reclamar aliments a les entitats acollidores, siguin públiques o privades.

1.2. Situacions de guarda i tutela en el si de la família

Com s'ha apuntat a l'inici d'aquest apartat, les situacions d'incapacitat en persones grans són, com a conseqüència de l'augment de l'esperança de vida, molt freqüents. En aquest punt m'ocuparé, molt breument, dels aspectes relacionats amb aquestes incapacitats que poden tenir més interès o presentar alguna peculiaritat respecte al règim general de la incapacitat. Concretament, em referiré al cuidador informal o guardador de fet, a l'autotutela i a la incapacitat i el possible internament.

a) El curador informal

Les incapacitats de fet, siguin temporals o definitives, es produeixen, sovint, entre les persones grans i, en molts casos, s'assumeixen funcions tutelars de forma espontània en el si de la família. És, per tant, relativament freqüent trobar-nos en aquest àmbit davant la figura del cuidador informal o guardador de fet.

El CC dedica a l'assumpte un sol article, el 304, que estableix que els actes realitzats pel guardador de fet, en interès del presumpte incapaç, no podran ser impugnats si redunden en la seva utilitat. Així doncs, resulta essencial determinar el significat d'aquesta utilitat. La doctrina discuteix sobre si ha de ser considerada de forma objectiva o subjectiva.¹

Quant a la impugnació de l'acte no útil realitzat pel guardador, malgrat que en principi podria entendre's que ha de fer-se mitjançant una acció de nul·litat per haver estat efectuat per una persona no legitimada a fer-ho (art. 1259.1 CC), la doctrina (Bercovitz 1986; Gutiérrez 2001) es mostra més favorable a l'acció d'anul·labilitat, i considera que la impugnació es basa en el perjudici causat al presumpte incapaç pel que era el seu guardador de fet en el moment de la realització de l'acte o negoci que es tracti. D'aquesta manera, l'acció podrà exercitar-se per l'incapaç en el termini de quatre anys a comptar des que hagi recuperat la seva capacitat o des que es va constituir la tutela si això ocorre.

¹ Bercovitz (1986) considera que la utilitat ha de ser tractada objectivament; per contra, Gutiérrez Calles (2001) la considera de forma subjectiva.

b) L'autotutela

En previsió de patir en el futur alguna malaltia degenerativa de les quals s'associen a l'edat, algunes persones grans desitgen triar per si mateixes la persona o institució que se'n cuidi i administri els seus béns.

Per respondre a aquesta necessitat, la Llei 41/2003, de 18 de novembre, introdueix en el Codi Civil la regulació de l'autotutela. Podem entendre per autotutela la facultat que es concedeix a una persona capaç per designar el seu tutor (o excloure algú de tal càrrec) i adoptar, dins dels límits legals, les disposicions que estimi convenientes en previsió d'una futura incapacitació (Leonseguí 2007).

L'esmentada Llei 41/2003 ha introduït canvis en l'art. 223 del CC, consistents a reconèixer a qualsevol persona amb capacitat suficient, i en previsió de ser incapacitada en el futur, la possibilitat d'adoptar en document públic disposicions sobre ella mateixa, incloent el nomenament d'un tutor per al cas de ser judicialment incapacitada, la qual cosa ha provocat una alteració en l'ordre de delació de la tutela. En efecte, en l'art. 234 CC apareix com a primer nomenat a exercir el càrrec de tutor la persona designada pel mateix tutelat, quan encara gaudia de la suficient capacitat, i es manté la facultat que li correspon al Jutge d'alterar l'ordre de crida quan convingui a l'interessat. Amb la figura de l'autotutela es pretén protegir la voluntat de la persona incapacitada, per la qual cosa si es produeix una alteració de les circumstàncies que no va ser tinguda en compte en fer la designació, que modifiqui la previsió realitzada per l'autotutelat en un moment anterior, s'haurà de procedir al nomenament d'un nou tutor (Vaquer 2004).

Però a més de designar la persona que exercirà el càrrec tutelar, tota persona amb capacitat pot, també, segons l'art. 223 CC, adoptar qualsevol disposició relativa a si mateixa o als seus béns, fet que li atorga àmplies facultats d'acte en l'organització de la tutela, sempre que es respectin les normes del CC i siguin compatibles amb les previsions dictades pel Jutge en la sentència d'incapacitació. D'aquesta manera, podrà establir òrgans de fiscalització de la tutela, d'administració dels seus béns, de possible remuneració del càrrec, etc. També podrà preveure totes les qüestions relatives a la seva cura i assistència personal, la voluntat favorable a un possible internament en una institució assistencial adequada a les seves necessitats vitals, la negativa a rebre determinats tractaments mèdics i, en general, totes aquelles disposicions que estimi convenientes a l'empara de l'autonomia de la voluntat.

La disposició d'autotutela només produeix efecte quan el Jutge declara incapaç al subjecte en virtut de sentència d'incapacitació, en la qual tindrà en compte la voluntat recollida en el document notarial d'autotutela a l'efecte de procedir al nomenament de tutor. Com a mesura de garantia i a fi que l'autoritat judicial pugui tenir coneixement d'aquesta disposició, a tenor del que es disposa en l'article 223.3 CC, el document públic notarial pel

qual es constitueixi l'autotutela es comunicarà d'ofici pel notari al Registre Civil per a la seva indicació en la inscripció de naixement de l'interessat.

c) Incapacitat i possible internament

Es pot incapacitar la persona gran quan pateix alguna de les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic, que li impedeixen governar-se per si mateixa (art. 200 CC). La incapacitació solament procedeix per sentència judicial (art. 199 CC).

La veritat és que les causes i pressupostos per sol·licitar la incapacitació d'una persona són aplicables a tots els casos amb independència de la seva edat, si bé és evident que algunes malalties poden agreujar-se per motius de vellesa. Em referiré aquí a alguns aspectes que poden tenir un interès especial quan la incapacitat recau sobre persones grans.

Segons la reforma introduïda en el CC per la Llei 41/2003, el presumpte incapaç pot iniciar el procediment d'incapacitació. A més, tant el cònjuge com el convivent podran també iniciar el procediment si el matrimoni o la relació de parella són vigents. Després del cònjuge, o qui es trobi en una situació de fet assimilable, el legislador assenyalava de forma indistinta la resta dels parents, sense establir un ordre de prelación. Això significa que qualsevol de les persones esmentades pot instar la declaració d'incapacitació del seu parent, amb independència del que facin els altres, configurant-se aquesta possibilitat més com una facultat o dret que com una obligació. El fet que estiguin totes les persones legitimades en un mateix plànol, augmenta l'àmbit de protecció del presumpte incapaç (Ruiz 1997). Si les persones abans esmentades no existeixen o no promouen el procés d'incapacitació, el Ministeri Fiscal haurà de fer-ho. Una vegada iniciat el procediment d'incapacitació, la LEC preveu que en el període de prova es doni audiència als parents més propers.

La sentència que posa fi al procés i declara la incapacitat n'haurà de determinar l'extensió i els límits, és a dir, establirà si és totalment capaç o totalment incapaç; el Jutge, a més, determinarà quins actes pot realitzar el presumpte incapaç i quins no. Si és el cas, en la mateixa sentència es procedirà al nomenament del tutor d'acord amb el que es disposa en l'art. 234 CC. A banda de les persones que es contemplen en aquest precepte, l'art. 242 CC admet la possibilitat que la tutela sigui exercida per persones jurídiques públiques o privades que no tinguin finalitat lucrativa. Aquestes persones jurídiques, en ocasions, disposen de centres en els quals s'interna l'incapaç.

L'internament d'una persona en un centre suposa una privació de llibertat, per la qual cosa, per dur-ho a terme, és necessari seguir els paràmetres marcats per la Llei. És possible que la mateixa persona, després d'haver patit una malaltia, vulgui ingressar; però la qüestió es complica quan l'internament no és voluntari. La mesura d'internament està prevista en l'art. 763 LEC.

És possible que l'internament de la persona es degui a un trastorn psíquic i, per tant, sigui internada en un centre psiquiàtric; però també pot ocórrer que la malaltia o deficiència que sofreixi l'ancià sigui de caràcter físic, provocada per l'edat, i que necessiti cures especials, sent suficient en aquest cas un centre geriàtric adequat a les circumstàncies de la persona. L'internament, sigui voluntari o no, no té per què anar lligat a un procés d'incapacitació; simplement es diu en la norma que la persona ha de tenir un trastorn psíquic i no ha d'estar en condicions de decidir per si mateixa. Perquè pugui dur-se a terme l'internament, és imprescindible comptar amb l'autorització judicial. Normalment serà necessària l'autorització prèvia, la qual cosa òbviament suposa una garantia important per qui ha de ser internat, tret que per raons d'urgència hagi estat necessari l'internament i no hagi donat temps a recaptar aquesta autorització.

2. Participació activa dels padrins en la família

Abans de la seva reforma per la Llei 42/2003, de 21 de novembre, el CC no esmentava expressament el dret dels padrins a relacionar-se amb els seus néts (de forma tàcita al·ludia a aquesta qüestió l'art. 160). Tampoc s'inclouïa en el CC cap referència (ni tan sols tàcita) a la possibilitat que els padrins es relacionessin amb els néts donats en adopció o situació d'acolliment.

Quant al fet que els padrins poguessin assumir la guarda i custòdia dels seus néts en situacions de crisi matrimonial dels progenitors del menor, l'article 103.1 CC contemplava en el segon paràgraf la possibilitat que, excepcionalment, els fills poguessin ser encomanats a una altra persona, però sense referència expressa als padrins.

La reforma del CC per la Llei 42/2003, partint del mandat constitucional contingut en l'art. 39 CE, segons el qual els poders públics tenen el deure de fomentar la protecció integral del menor i la família, contempla el fet que els padrins exerceixen un paper fonamental en la família i, per això, es configuren com un instrument essencial per a la protecció dels menors. Les relacions entre padrins i néts tenen avui més pes, perquè l'allargament de la vida humana permet la convivència de diverses generacions; existeix també un grau més elevat d'inestabilitat familiar derivada de divorcis i nous matrimonis; i a això s'uneix que en la nostra realitat social els padrins juguen un paper important, atès que pares i mares, en la seva majoria, exerceixen una activitat professional a temps complet, i són els padrins els qui, d'alguna manera, cobreixen aquestes absències dels pares, participant activament en la seva cura i educació (Díaz 2003).

En l'Exposició de Motius de l'esmentada Llei 42/2003 es posa de manifest la idea que els padrins poden prestar una gran ajuda als seus néts en les situacions de crisi matrimonial dels seus progenitors, encara que el dret dels padrins a relacionar-se amb els seus néts no es regula només en situacions de ruptura del matrimoni, sinó també, com es veurà

més endavant, en les altres situacions. A més, el Codi contempla ara de forma expressa la possibilitat d'atribuir-los la custòdia dels néts.

En aquest apartat em detindrè en l'estudi d'aquestes formes de participació activa dels padrins en el si de la família.

2.1. El dret dels padrins a relacionar-se amb els néts

Després de la Llei 42/2003, l'art. 90 del CC, relatiu al contingut del conveni regulador, diu en l'apartat b: «El règim de visites i comunicació dels néts amb els seus padrins, tenint en compte sempre l'interès d'aquells». D'aquesta manera, els cònjuges estableixen de mutu acord el sistema de visites, comunicacions i estades que els padrins mantindran en el futur amb els seus néts, podent així mateix concretar les garanties per a l'efectivitat d'aquest dret, que sempre requerirà l'homologació judicial, com la requereix el conveni regulador que estableixi les condicions de la ruptura familiar. I en l'art. 94.2 CC s'afegeix que el Jutge, prèvia audiència dels pares i dels padrins, podrà determinar el dret de comunicació i visites d'aquests, tenint sempre present l'interès del menor. Arribats a aquest punt, cal plantejar-se quatre interrogants: quin és el fonament i extensió del dret de visites, com ha d'establir-se el dret a les relacions personals entre els padrins i els néts, quin és el contingut concret del seu dret de visites i si els padrins tenen el mateix dret a relacionar-se amb els seus néts biològics en situació de guarda de fet, acolliment o adopció.

a) Té el dret de visites dels padrins el mateix fonament i extensió que el del progenitor que no té la custòdia dels fills?

Quan la guarda i custòdia dels fills s'atribueix a només un dels cònjuges, l'altre progenitor té dret a relacionar-se amb els seus descendents, tret que existeixi una causa que justifiqui el contrari. El dret de visites del progenitor no representa un veritable dret, sinó un complex dret-deure, l'exercici del qual persegueix com a finalitat primordial satisfer les necessitats afectives i educacionals dels fills, procurant el desenvolupament integral de la personalitat del menor, així com la seva estabilitat emocional i afectiva, per la qual cosa la satisfacció dels desitjos del progenitor de relacionar-se amb el seu fill poden veure's restringits o suspesos quan concorrin causes objectives que així ho aconsellin, en interès del menor, valorades judicialment amb el suport d'especialistes en la matèria.

Sembla, doncs, que aquest dret i obligació dels pares de relacionar-se amb els seus fills, si bé manté certes semblances amb el dret que tenen els padrins a relacionar-se amb els seus néts, és substancialment diferent, i això és degut a diverses raons (Colás 2005):

En primer lloc, pel que fa a la naturalesa jurídica i el fonament de la figura, el dret dels pares a relacionar-se personalment amb els seus fills té naturalesa de dret-haver de o dret-funció,

que per alguns autors (Lete del Rio 1992) deriva de la pàtria potestat i de l'obligació de tenir els fills en la seva companyia, que es converteix en dret de visita si els seus pares no viuen junts. Per un altre sector de la doctrina (Rivero 1997), es tracta d'un dret autònom, si bé estretament relacionat amb altres obligacions derivades de les relacions paternofilials (no de la pàtria potestat), com són la de vetllar pels fills i procurar-los una formació integral. Però amb independència de la posició que s'adopti sobre aquesta qüestió, la veritat és que el dret dels padrins i els néts a relacionar-se, a diferència del dels pares, no pot tenir el seu origen ni en la pàtria potestat ni en les relacions paternofilials, ja que aquestes corresponen als progenitors; i, a més, aquest dret no es converteix tampoc en haver de fins que s'adopti un acord o es dicti una decisió judicial que així ho imposi. El fonament d'aquest dret és l'interès del nét: relacionar-se amb els seus ascendents de segon grau el beneficiarà en el desenvolupament afectiu, personal, psicològic i intel·lectual. Aquesta naturalesa diferent de tots dos drets —el dels progenitors i el dels padrins— ha originat, a més, que els tribunals considerin improcedents les reclamacions dels padrins que pretenen conservar respecte del seu nét el mateix règim de visites que tenia el seu fill premort, basant-se en la pàtria potestat (Colás 2005).

Segon, quant als caràcters, es tracta de drets independents, no sent el dels padrins subsidiari del dels progenitors. Així, encara que no es reconegui el dret de visita o comunicació al progenitor que no té la custòdia, se li pot atorgar als padrins, i al revés; i, per descomptat, se li pot concedir a tots dos.

En tercer lloc, pel que fa a la seva extensió, el dret del progenitor que no té la custòdia té una extensió molt més gran del que es concedeix als padrins. Encara que el contingut del dret de visita és el mateix: visites periòdiques, comunicacions o relacions entre els menors i els padrins, qualsevol que sigui l'extensió amb què el Jutge ho determini, pot incloure pernocta dels menors al domicili dels seus padrins (en aquest sentit, STS 28 de juny de 2004, RJ 4321). Però l'extensió en el cas dels progenitors és més gran, doncs aquests exerceixen la pàtria potestat (Verdera 2002).

b) Com s'estableix el dret a les relacions personals entre els padrins i els seus néts?

Els supòsits que poden originar problemes en el reconeixement d'un règim de relacions personals entre padrins i néts són, fonamentalment:

1. En situacions de crisi de parella, quan els fills queden sota la guarda i custòdia d'un dels progenitors, que impedeix als ascendents de l'altre progenitor relacionar-s'hi.

En aquests casos, els progenitors poden acordar el règim de relacions entre padrins i néts en el conveni regulador de la crisi matrimonial. El Jutge està obligat per norma imperativa a aprovar el conveni regulador, tret que els acords adoptats perjudiquin els fills o un dels cònjuges (art. 90 CC).

Així, els progenitors podran establir per acord la forma i manera en què els padrins i els néts poden relacionar-se, fixant els dies i hores en què es concretarà el contacte mutu, així com els períodes de vacances escolars que els nens puguin, si escau, romandre en companyia dels padrins. El Jutge podrà aprovar la proposta realitzada prèvia audiència dels padrins, en la qual hauran de prestar el seu consentiment.

En el cas que els progenitors no hagin previst tal extrem en el conveni regulador o, encara que previst, no fos aprovat, o si el procés era de nul·litat matrimonial o de separació o divorci sense mutu acord i, per tant, no es va presentar conveni regulador, el Jutge establirà, si ho considera beneficiós per als interessos del nét, el règim de relacions personals a mantenir amb els seus padrins, determinant les condicions en què s'haurà de desenvolupar (modalitats, temps, lloc, presència dels progenitors, etc.). En aquests casos, serà el Jutge qui estableixi, atenent a les circumstàncies i especialment al grau de vinculació que els padrins fins llavors van mantenir amb els néts, un sistema de visites que asseguri la pervivència dels llaços afectius entre tots dos grups familiars.

2. Fora de les situacions de crisi de parella, els padrins poden precisar que es concreti el règim de les relacions personals amb els néts quan mor un dels progenitors i el cònjuge supervivent posa traves a les relacions entre els seus fills i els padrins, normalment de l'altra branca familiar; o bé, en supòsits normals de parella, que no es troba en crisi però un dels progenitors —o tots dos— no té relacions amb els seus pares o amb els seus sogres i impedeix l'exercici del dret d'aquests a relacionar-se amb els seus fills. En tals casos la via per aconseguir-ho pot ser:

- Els progenitors voluntàriament poden establir el règim de visites en situacions en què no existeix crisi matrimonial, però el nét o els padrins els reclamen el seu dret a relacionar-se. Aquests acords són perfectament vàlids, però han de perseguir la defensa dels interessos del nét i respectar les característiques pròpies del dret que es tracti. La seva eficàcia i exigibilitat és idèntica a la dels altres convenis de Dret privat vàlids, efectuats sobre matèries disponibles, sent vinculants per als que els han assumit.
- Quan els padrins o els néts decideixen reclamar el dret a relacionar-se per via judicial, serà el Jutge en la sentència dictada en el procés corresponent, qui determini el règim de visites (art. 160.2 CC).
- Quan hi hagi un menor en situació d'acolliment (art. 161 CC), el Jutge pot determinar si és beneficiós per als interessos del menor continuar relacionant-se amb els seus padrins i, en cas que així sigui, es fixarà com han de produir-se aquestes relacions personals.

Sigui quina sigui la manera en què s'estableixi el règim de visites dels padrins respecte als néts, sembla necessari que se'ls doni audiència. La legislació actual en matèria civil posa

de manifest una nova concepció dels menors d'edat com a subjectes actius, participatius, amb capacitat per modificar certes mesures.

c) Quin és el contingut del dret a les relacions personals entre padrins i néts?

El dret a les relacions personals entre padrins i néts, al qual es refereix l'art. 160.2 CC, no només genera facultats, sinó també obligacions, fonamentalment per als padrins:

1. Pel que fa als drets, cal esmentar els drets de visita, estada i comunicació (Colás 2005).

El dret de visita pot produir-se al domicili del nét o en el dels padrins, i fins i tot, pot produir-se en un altre lloc quan les circumstàncies del cas així ho requereixin (per exemple, perquè existeixen males relacions entre els padrins i el progenitor o progenitors del nét, pot fer-se ús dels punts de trobada familiar, en els quals hi ha una sèrie de professionals que orienten i assessoren els implicats).

El que és normal és que es reculli el nét del seu domicili, i els padrins hagin de tornar-lo allí quan finalitzi la visita. La visita pot incloure l'estada, la pernocta del nét a casa dels padrins. Aquesta opció ha de ser acordada per les parts implicades, o pel Jutge, amb més cautela, només quan les relacions entre el nét i els padrins puguin ser qualificades com a afectives, cordials i sempre que l'edat del nét no ho desaconselli. Quant al temps que han de durar les visites, no hi ha cap regla fixa establerta sobre aquest tema; dependrà lògicament de les circumstàncies concurrents en cada cas concret. En ocasions, els tribunals disposen que el règim de visites establert s'ampliarà progressivament segons la relació del nét amb els padrins vagi sent més afectiva, o quan el nét vagi aconseguint més edat.

Respecte al dret de comunicació, el CC reconeix el dret dels padrins i els néts a conversar directa i personalment per telèfon o fins i tot per videoconferència, i també a intercanviar-se correspondència escrita, per via postal ordinària, correu electrònic, etc. Els progenitors del nét hauran de respectar el dret a la privadesa de les seves comunicacions, gràcies al que es disposa en l'art. 18.3 CE.

2. Pel que es refereix a obligacions dels padrins en l'exercici de les visites, l'estada o la comunicació amb el nét, les més rellevants són (Cols 2005):

- Perseguir sempre l'interès del nét.
- Recollir i lliurar el nét en el lloc i moment establert per les parts o pel Jutge.
- Córrer amb les despeses derivades dels desplaçaments al lloc fixat per desenvolupar-se les visites o per recollir o lliurar el nét, sempre que així s'hagi determinat per les parts o pel Jutge.
- Cuidar el nét quan es desenvolupen les visites o estades sense presència dels progenitors, encara que se sol considerar que cal distingir:

- Les despeses alimentoses, que seran a càrrec dels padrins.
- Respecte a les despeses mèdiques, les que siguin derivades de malalties ordinàries han d'assumir-les els padrins, les reportades per malalties més greus corresponen als progenitors titulars de la pàtria potestat (Rivero 1997).

d) El dret a les relacions personals amb els padrins en els casos de néts biològics en situació de guarda de fet, acolliment o adopció

L'art. 178.1 CC preveu que «L'adopció produeix l'extinció dels vincles jurídics entre l'adoptat i la seva família anterior»; si bé hi ha una sèrie d'excepcions a aquesta norma en el 178.2 CC, i així ocorre quan l'adoptat és fill del cònjuge de l'adoptant, encara que el consort hagi mort. Podem afirmar, doncs, que en aquests casos no existeix el dret dels padrins a relacionar-se amb els seus néts.

Pel que fa a l'acolliment, l'art. 173 CC, imposa als acollidors els deures de vetllar per l'acollit, tenir-lo en la seva companyia, alimentar-lo, educar-lo i procurar-li una formació integral, sense que per això l'acollit perdi el seu status familiae.

El Jutge haurà de tenir en compte el tipus d'acolliment per determinar el dret dels padrins a relacionar-se amb els néts. Si és un acolliment simple, ha de fomentar-se el dret a les relacions personals, doncs es pretén la reinserció del menor en la pròpia família. Si és un acolliment permanent, el jutge valorarà les circumstàncies concretes i decidirà si és convenient per als interessos del menor relacionar-se amb els padrins. Si és, en fi, acolliment preadoptiu, serà prudent suspendre i potser suprimir aquestes relacions amb els padrins, doncs aquests contactes desapareixeran legalment amb l'adopció.

Finalment, si el nét està en situació de guarda de fet, el CC quan regula aquesta figura no prescriu gens sobre el dret dels menors a relacionar-se amb els seus padrins, encara que pot defensar-se la seva existència per tres motius (Cols 2005):

- L'interès del menor.
- Si es pot admetre el dret a les relacions personals amb els padrins en casos més extrems com són l'acolliment o l'adopció, amb més raó en els casos de guarda.
- No obstant això, d'acord amb el que es disposa en l'art. 304 CC, «el guardador de fet pot negar, per justa causa, el dret de visita si ho troba perjudicial per al menor o incapaç».

2.2. Custòdia ordinària dels néts

Una altra forma de participació activa dels padrins en la família, introduïda també per la Llei 42/2003, és l'exercici de la custòdia ordinària dels seus néts. El reformat art. 103 CC assenyalava que, de forma excepcional, en els casos de crisi matrimonial, els padrins podran

ser receptors dels drets i obligacions pròpies de la custòdia dels menors, prioritzant aquesta opció a favor dels padrins enfront d'altres parents que eventualment poguessin reclamar aquest dret i anteposant aquesta possibilitat a l'exercici de la custòdia dels menors per part d'una institució. Aquesta possibilitat que els padrins assumeixin les funcions inherents a la custòdia dels néts, desplaçant en el seu exercici els pares dels menors, serà sempre, com la Llei indica, amb caràcter d'excepció. Però quines són les causes que legitimen l'atribució de la guarda i custòdia dels néts als padrins?

Si es té en compte el dret del qual gaudeix el menor a no ser separat dels seus pares, resulta difícil determinar, amb caràcter general, les causes que permeten l'adopció d'aquesta mesura. Seran els tribunals els que determinaran en cada cas les circumstàncies excepcionals al fet al qual es refereix el precepte.

Colás (2005) realitza una anàlisi jurisprudencial i relaciona els següents casos:

1. La desatenció o abandó del menor, això és, el fet de trobar-se en la situació de desemparament descrita per l'art. 172 CC.
2. La malaltia o drogodependència dels pares.
3. L'absència dels progenitors.
4. Els maltractaments.
5. La inducció a realitzar actes immorals o il·lícits.
6. L'ingrés del progenitor a la presó.
7. El perill que el progenitor cometi contra el seu fill el mateix delictes pel qual està penalment acusat.

Les funcions inherents a la guarda i custòdia ordinàries dels néts impliquen únicament la possibilitat que els menors conviuen amb els seus padrins en un mateix domicili, exercint aquests les responsabilitats de la seva guarda a falta de l'assumpció pels pares de tals responsabilitats. No obstant això, en aquests supòsits d'atorgament als padrins de la guarda i custòdia dels seus néts, si els progenitors mantenen l'exercici de la pàtria potestat, encara que no visquin de forma habitual amb els seus fills, no quedarien inhabilitats d'exercir les funcions que afecten la pàtria potestat, que seguirien ostentant.

D'aquesta manera, els pares segueixen obligats a vetllar pels seus fills, encara que els padrins també han d'actuar en interès del nét. Així, per exemple, en matèria sanitària, els padrins hauran de realitzar les visites mèdiques quotidianes, però quan es tracta d'adoptar alguna decisió mèdica de transcendència hauran de fer-ho els pares. Així mateix, continua corresponent als pares la representació dels fills i, en general, l'administració dels seus béns, encara que els actes d'administració ordinària els realitzaran els padrins.

L'obligació d'aliments que tenen els pares respecte als seus fills continua (encara que no podran optar per la possibilitat de complir-la tenint-los en la seva companyia).

Si els progenitors no disposen de mitjans, els següents obligats són els ascendents en el seu grau més proper, que són els padrins (art. 144 CC).

Encara que cessa el dret-deure que tenen els pares de tenir els fills en la seva companyia, per aplicació analògica de l'art. 94.1 CC, es pot admetre la possibilitat que el Jutge determini un règim de visites, comunicació i estades dels néts amb els seus pares (Colás 2005).

Pel que fa a l'obligació d'educar els fills i proporcionar-los una educació integral, si es tracta d'adoptar decisions de transcendència com l'elecció d'un centre educatiu, o la realització de certs estudis (escolars o extraescolars), educació religiosa o no, etc., correspon als pares. No obstant això, seran els padrins els que hauran de prendre les decisions relatives a les activitats educatives quotidianes dels seus néts (Linacero 1993).

2.3. La tutela dels néts

La Llei 42/2003 ha introduït en l'art. 103 CC una modificació que assenyala que «excepcionalment, els fills podran ser encomanats als padrins, parents i altres persones que així ho consentissin i, de no haver-los, a una institució idònia, conferint-se'ls les funcions tutelars que exerciran sota l'autoritat del Jutge».

Els padrins, doncs, no només poden ostentar la custòdia ordinària dels néts; també poden assumir les funcions tutelars dels menors, amb clara exclusió dels pares i millor dret que ells en aquells casos que la pròpia Llei considera que han de ser excepcionals. Tals casos, hauran d'estar fonamentats en causes certament importants, com poden ser l'absència de progenitors, la seva incapacitat per exercir les responsabilitats pròpies de la pàtria potestat, drogodependències, toxicomanies greus o reclusió en establiments penitenciaris. En situacions com aquestes, el Jutge podrà atorgar les funcions tutelars sobre els menors als padrins, als quals se situa en una posició de privilegi o preferència sobre altres parents que també poguessin optar-hi; i només en el cas que tals persones no existeixin o no prestin el seu consentiment, aquestes funcions tutelars serien encomanades a una institució adequada a aquest efecte (Acevedo 2006).

En aquests casos, no cessa el dret als aliments dels néts respecte als seus pares, tret que aquests no estiguin en disposició d'abonar aquesta prestació.

Les funcions tutelars que el Jutge excepcionalment pot atorgar als padrins respecte dels seus néts són les de l'art. 154 CC, de manera que per disposició judicial els padrins reemplaçarien els pares en l'exercici de les labors que en principi els correspondria assumir. La Llei estableix sempre una garantia última, que recau en la persona i en l'autoritat del Jutge, per al correcte exercici de tutela dels padrins sobre els néts, doncs en l'art. 103 CC s'exigeix que aquestes funcions es duguin a terme sota el control judicial.

Referències bibliogràfiques

- Acevedo, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos, Régimen de visitas. Reclamación judicial*. Madrid: Tecnos.
- Bercovitz, R. (1986). *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos.
- Colás, A. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: Derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*. Navarra: Aranzadi.
- Delgado, J. (1991). «Comentarios a los artículos 142 y siguientes». A: *Comentario del Código Civil*. Vol. 1. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Díaz, S. (2003). «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados». *Revista de Derecho Privado*, pàg. 345-371.
- Gutiérrez, J. L. (2001). «La actividad del anciano incapaz: actos propios y actos del cuidador informal». A: *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores*. Córdoba: CajaSur.
- Leonseguí, R. A. (2007). «La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores». A: LASARTE (dir.) *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos.
- Lete del Río, J. M (1992). «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)». *Poder Judicial*, 25, pàg. 145-150.
- Linacero, M. A. (1993). «Custodia de menores: Conflicto entre el padre y los abuelos: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992» *Poder Judicial*, 30, pàg. 145-158.
- Martínez, N. (2004). «Los mayores como beneficiarios de prestaciones familiares». *Protección jurídica de los mayores*. Madrid: La Ley.
- Rivero, F. (1997). *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- Ruiz, J. (1997). «El procedimiento de incapacitación: consecuencias jurídicas de la pérdida de capacidad en las personas mayores». A: *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos.
- Vaquero, A. (2004). «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre». *Diario la Ley*.
- Verdera, B. (2002). «Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados». *Diario la Ley*.

Autora

MARIA NÉLIDA TUR FAÚNDEZ

Doctora en Dret per la Universitat Complutense de Madrid el 1994. Professora titular de Dret Civil, a la Universitat de les Illes Balears des de 1997. Des d'aquesta data, ha impartit docència en les facultats de Dret, Economia, i Administració i Direcció d'Empreses, així com en nombrosos Màsters Universitaris. El 19 de gener de 2012 va obtenir l'acreditació com a catedràtica d'universitat. És autora de cinc llibres, ha participat en diverses obres col·lectives i ha publicat nombrosos treballs en revistes jurídiques especialitzades. Les seves principals línies d'investigació són el Dret patrimonial en general i, de forma més concreta, la contractació electrònica i el turisme.