



Roj: **SAP BI 590/2020 - ECLI:ES:APBI:2020:590**

Id Cendoj: **48020370042020100318**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **28/02/2020**

Nº de Recurso: **1746/2019**

Nº de Resolución: **407/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Modificación de medidas**

Ponente: **MARIA DE LOS REYES CASTRESANA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA**

**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN ATALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

**TEL.** : 94-4016665 **Fax / Faxes** : 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/035376

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0035376

**Recurso apelación modificación medidas definitivas LEC 2000 / Behin betiko neurriak aldatzeari buruzko apelazio-errekurtsoa; 2000ko PZL 1746/2019 - L**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 14 (Familia) de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 14 zk.ko Epaitegia (Familia)

Autos de Modificación medidas definitivas 2898/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Germán

Procurador/a/ Prokuradorea:SHEILA SOTO LOPEZ DE LETONA

Abogado/a / Abokatua: ENRIQUE LEON CARRASCO

Recurrido/a / Errekurritua: Carolina y MINISTERIO FISCAL

Procurador/a / Prokuradorea: ENRIQUE ALFONSO MASIP

Abogado/a/ Abokatua: EMILIO LECHUGA PEREIRA

**SENTENCIA N.º 407/2020**

ILMOS. SRES.

D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA

D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

En Bilbao, a veintiocho de febrero de dos mil veinte.

La Audiencia Provincial de Bizkaia - Sección Cuarta, constituida por los Ilmos. Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Modificación medidas definitivas 2898/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 14 (Familia) de Bilbao, a instancia de **D. Germán**, apelante - demandado, representado por la procurador D.ª SHEILA SOTO LOPEZ DE LETONA y defendido por el letrado D. ENRIQUE LEON CARRASCO, contra **D.ª Carolina**, apelada - demandante, representada por el procurador D. ENRIQUE ALFONSO MASIP y defendida por el letrado D. EMILIO LECHUGA PEREIRA y **MINISTERIO FISCAL**; todo ello en



virtud del recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 17 de junio de 2019, aclarada por auto de fecha 9 de julio de 2019.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Fallo de la sentencia recurrida es del tenor literal siguiente:

### "FALLO

Se modifican las medidas acordadas en sentencia 64/14, dictada el 3 de abril de 2014, en los autos de modificación de medidas 917/13, y, en consecuencia, el régimen regulador de las relaciones personales y patrimoniales en relación a la hija común, Esperanza, queda fijado en la forma que sigue:

1.- La guardia y custodia corresponde al padre, Germán, siendo la patria potestad compartida, y fijándose la residencia de la menor en Bilbao, como localidad en que reside el progenitor al que se atribuye la guardia y custodia.

2.- Periodos de estancia de la menor con cada uno de los progenitores:

Esperanza permanecerá residiendo y escolarizada en Bilbao, y podrá pasar con su madre los siguientes periodos que se especifican:

**2.1.-** La madre se desplazará a la localidad en que la menor Esperanza resida, para permanecer en su compañía, durante los siguientes periodos, en que la madre respetará las actividades extraescolares de la menor, a las que la llevará, incluido el fútbol, salvo voluntad contraria de la niña:

**A.-** Los siguientes fines de semana: El último fin de semana de los meses de septiembre, octubre, enero, marzo y noviembre, y el primer fin de semana del mes de septiembre tras el inicio de curso, recogiéndola el progenitor no custodio a la salida del centro escolar el viernes, y reintegrándola el lunes.

**B.-** Un periodo de once días coincidente con el segundo fin de semana de los meses de febrero y mayo, desde el viernes de ese fin de semana hasta el lunes de la semana siguiente, siendo las recogidas y entregas por parte de Carolina en el centro escolar en que Esperanza se encuentre matriculada.

En caso de que por motivos laborales debidamente justificados, la madre no pudiese desplazarse a la localidad en que resida la menor, durante la totalidad de los días señalados en este punto, le comunicará al progenitor custodio con al menos diez días de antelación al inicio del período, los días en concreto en que vaya a materializarse dicho desplazamiento.

Durante los periodos recogidos en este apartado B el padre contribuirá con la madre al pago de los gastos derivados de su desplazamiento y estancia en Bilbao con la suma de 50 euros diarios, por cada uno de los días o fracción de día en que la madre se desplace efectivamente, computando a estos efectos tanto el día de llegada como el día de regreso. Dicha suma le será abonada por parte del progenitor a la progenitora dentro de los cinco primeros días del mes siguiente al desplazamiento en cuestión mediante ingreso en la cuenta bancaria que la Sra. Carolina designe al efecto; y se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC experimentadas durante los 12 meses anteriores a cada actualización (de diciembre a diciembre) con efectos del mes de enero de cada año.

**2.2.-** La menor Esperanza se desplazará a la localidad de residencia de la madre, durante los siguientes periodos:

**A.-** A partir del próximo mes de septiembre de 2019, los puentes se distribuirán entre los progenitores de tal forma que dos de cada tres puentes corresponderá la estancia al progenitor no custodio y 1 al custodio. La elección se efectuará por el progenitor al que corresponda la elección del período vacacional, debiendo comunicarse la elección, por quien corresponda, al otro progenitor, antes del 1 de septiembre de cada año. El padre será quien se ocupe de llevar a Esperanza hasta el domicilio de la madre, en su localidad de residencia, el último día lectivo previo a dicho puente antes de las 21:30 h.; y la recogerá igualmente en el domicilio de la madre, el último de los días del puente, a las 16:00 horas, siendo todos estos desplazamientos del progenitor y de la menor hija común a costa del padre, y, lo anterior, mientras la niña no quiera viajar sola o acompañada de personal de la compañía aérea, en cuyo caso prevalecerá esta opción.

**B.-** Todos los días no lectivos del mes de junio, desde el día en que la menor inicie sus vacaciones escolares, con un máximo, en todo caso, de 10 días naturales, que serán, en todo caso, los últimos del período, de manera



que este período se considerará vacacional, a los efectos de la forma en que debe procederse a la entrega y recogida de la menor, por la madre.

En caso de que le corresponda a la madre tener consigo a la menor hija Esperanza en periodo vacacional durante la primera quincena de julio, la estancia de los días no lectivos de junio se prolongará hasta unirse con ese primer periodo de vacaciones de verano, de manera que Esperanza en tal caso permanecerá con su madre, sin solución de continuidad, desde el último día de clases, o desde el primero de los días del período de 10 antes establecido, hasta el día en que termine la primera quincena de julio.

También se considerarán período vacacional los días no lectivos de septiembre, hasta dos días antes al inicio de las clases, y con un máximo de 10 días. Esos días no lectivos acrecen al 50 % cada uno de los dos períodos vacacionales que corresponden a la madre.

**2.3.-** Cuando a resultas de las estancias que se prevén en los párrafos anteriores, se diera la circunstancia de que la madre fuese a estar más de 20 días en periodos lectivos, sin tener consigo a su hija, la madre podrá fijar un fin de semana dentro de esos 20 días, para realizar la visita, siempre que no coincida con un puente escolar que le pertenezca disfrutar al otro progenitor, y pudiendo también elegir, en su defecto, en lugar de un fin de semana, dos días de pernocta entre semana, debiendo ser la madre quien se desplace, a efectos de materializar la visita, al lugar de residencia de la menor, en este caso.

**3) VACACIONES** : Durante los periodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano la menor hija común permanecerá con cada uno de los progenitores la mitad del tiempo, con las siguientes especificaciones:

**3.1.-** La madre elegirá el periodo de disfrute de las vacaciones con su hija en años pares, y el padre en años impares, debiendo comunicarse la elección por parte del progenitor a quien le corresponda elegir con al menos 30 días naturales de antelación a la fecha de inicio de las vacaciones.

**3.2.-** En las vacaciones de Semana Santa, la menor estará siempre con su madre el primer período, que es el que coincide con la celebración de la Semana Santa, mientras que el padre estará siempre con la hija el segundo período.

**3.3.-** Vacaciones escolares de verano: se considerarán los periodos antedichos de junio y septiembre, conforme a lo que se ha establecido, de forma que el período de junio corresponde en todo caso a la madre y el resto del período, incluidos los días no lectivos de septiembre, se distribuirán en cuatro períodos alternos, acreciendo a los dos períodos cuya estancia corresponde a la madre, prorrateados, los días no lectivos de septiembre, conforme se encuentra establecido, pudiendo acumularse, a resultas de la elección, los días no lectivos de junio, al primer período de julio, para la estancia con la madre, como ha quedado dicho en el párrafo 2.2.B..

**3.4.-** Los desplazamientos para la recogida y entrega de la menor durante todos los periodos de vacaciones se realizarán siempre de manera compartida para que la carga económica y personal de los desplazamientos no recaiga siempre en el mismo progenitor, de manera que a estos efectos se acuerda expresamente que el progenitor que vaya a iniciar el periodo de estancia con la menor hija común se desplazará a recogerla al domicilio del otro progenitor, siendo de su cuenta y a su cargo los gastos de los desplazamientos propios y de la menor que viaja con el progenitor de que se trate.

**3.5.-** Los periodos de vacaciones escolares se computarán desde la salida del centro escolar el último día lectivo, hasta la entrada en el centro escolar el primer día lectivo tras las vacaciones, salvo en septiembre, que, como se encuentra establecido, la menor deberá ser entregada en el domicilio del progenitor que ostenta la guardia y custodia, dos días antes del inicio de las clases, a las 15:00 horas.

**3.6.-** La división de las vacaciones en dos o más periodos de disfrute se realizará entregando a la niña el progenitor que la haya tenido en su compañía al otro progenitor a las 15:00 h del primer día de la segunda mitad o periodo, según el criterio de desplazamientos que se ha detallado en el punto 3.4.

**3.7 .-** En lo que respecta al período navideño se estará a lo establecido entre las partes, sin que, con ocasión de la presente sentencia se introduzca modificación alguna, salvo para los desplazamientos, en que regirá lo que ahora se dispone en el punto 3.4.

#### **4) ALIMENTOS PARA LA MENOR HIJA:**

Se fija una pensión de alimentos en favor de la menor hija común, con cargo a la que serán sufragados todos sus gastos y necesidades de cualquier naturaleza, por el importe siguiente:

La madre abonará, en concepto de alimentos de la hija común, la cantidad de 500 mensuales, y el padre se hará cargo del pago de todas las actividades extraescolares a las que acude la menor.



En todo caso, los gastos extraordinarios, decididos de mutuo acuerdo, o previa autorización judicial, deberán ser abonados en una proporción del 60% el padre, y el 40% la madre.

La madre deberá abonar la pensión de alimentos en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe el padre, y se entiende que se abonará la cantidad establecida, por doce mensualidades.

La suma establecida en concepto de pensión de alimentos se actualizará, anualmente, el 1 de enero de cada año, con arreglo al IPC o equivalente, devengándose la primera actualización el 1 de enero de 2020, por referencia al interanual del año inmediatamente anterior, y así sucesivamente, año a año.

**5º) CON CARÁCTER GENERAL** : En el caso en que la menor Esperanza así lo consienta, podrá llevar a cabo los vuelos desde Bilbao a Madrid, y vuelta, para las estancias que se acuerdan con la madre, con el servicio de acompañamiento por personal de la línea aérea que sea contratado, y sin necesidad de que ninguno de los progenitores se desplacen con ella en cada en cada periodo, de tal forma que también podrá realizar el desplazamiento sola o acompañada de una tercera persona, distinta del padre, a designación de éste.

En estos supuestos se encargará el padre, o persona que designe, de llevarla al aeropuerto de la localidad en que resida para su embarque, y recogerla del mismo posteriormente a su regreso, en cada uno de los periodos de estancia con la madre. Por su parte, la madre deberá ocuparse de recogerla y llevarla al aeropuerto de la localidad de su residencia, en que se va a desarrollar la visita.

**6.-** Se prohíbe a cualquiera de los progenitores publicar fotografías, videos, o cualesquiera imágenes de Esperanza , en facebook, instagram, y, en cualquier red social, debiendo proceder ambos progenitores al borrado de las publicaciones ya existentes, lo que deberá también incluir el borrado los comentarios referidos a la hija común, anejos a dichas publicaciones, si les fuera posible a ellos mismos, desde su usuario.

No se condena en costas a ninguna de las partes procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que, frente a la misma, cabe interponer recurso de apelación."

La Parte Dispositiva del auto que aclara la anterior es de tenor literal siguiente:

#### **PARTE DISPOSITIVA**

1.- SE ACUERDA aclarar la sentencia número 248/2019 dictada en el presente procedimiento con fecha 17/6/2019 en el sentido que se indica: .

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes, de la siguiente forma:

**"PARTE DEMANDANTE** : Carolina

**Abogado/a** : D./D.ª: EMILIO LECHUGA PEREIRA

**Procurador/a** : D./D.ª ENRIQUE ALFONSO MASIP"

**SEGUNDO.-** Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandada se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 1746/19 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

**TERCERO.-** Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la votación y fallo.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.- Planteamiento:**

**1.- La sentencia de primera instancia** modifica las medidas paterno filiales de la menor Esperanza , nacida NUM000 de 2006, de 13 años de edad, adoptadas en la sentencia de 3 de abril de 2014, (que modifica a su vez las adoptadas en Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia de 3 de junio de 2011 que revoca parcialmente la de fecha 22 de febrero de 2010), en el procedimiento instado por Dña. Carolina contra D. Germán , en el sentido detallado en el primer antecedente de hecho de esta resolución, y ello tras los acuerdos adoptados en el acto juicio sobre el régimen de visitas y alimentos para el caso de que se resolviese que la



guarda y custodia de la menor se ejerza de forma exclusiva por la madre o el padre, con independencia del que la obtuviese, habiéndose acordado: una guarda y custodia paterna, siendo compartida la patria potestad, fijándose la residencia de la menor en Bilbao, estableciendo un régimen de estancia, visitas y disfrute de vacaciones de la menor con cada uno de los progenitores - distinguiendo los periodos de estancia de la menor con su madre en Bilbao, los desplazamientos de la menor a la localidad de residencia de la madre y los periodos vacacionales-, una pensión de alimentos a cargo de la madre de 500 euros mensuales actualizables y distribución de los gastos extraordinarios del 60% a cargo del padre y del 40% a cargo de la madre.

La Magistrada a quo resuelve dos cuestiones controvertidas, que van a ser objeto de apelación:

a).- Los traslados de los puentes anuales que la menor pase con la progenitora no custodia, en la localidad de residencia de esta última, resolviéndose en el Apartado 2.2.A que *"... los puentes se distribuirán entre los progenitores de tal forma que dos de cada tres puentes corresponderá la estancia al progenitor no custodia y uno al custodio... El padre será quien se ocupe de llevar a Esperanza hasta el domicilio de la madre, en su localidad de residencia, el último día lectivo previo a dicho puente antes de las 21,30 horas y la recogerá igualmente en el domicilio de la madre, el último de los días del puente a las 16 horas, siendo todos estos desplazamientos del progenitor y de la menor hija común a costa del padre, y lo anterior, mientras que la niña no quiera viajar sola o acompañada de personal de la compañía aérea, en cuyo caso prevalecerá esta opción"*

b).- Sobre la prohibición de la publicación de fotografías de la menor en las redes de comunicación sociales, con la eliminación de las ya publicadas, y ello en virtud de expediente de jurisdicción voluntaria promovido por Dña. Carolina contra D. Germán, que se ha acumulado al presente procedimiento de modificación de medidas, habiendo resuelto en el Apartado 6 del Fallo que *"Se prohíbe a cualquier de los progenitores publicar fotografías, videos o cualesquiera imágenes de Esperanza, en Facebook, Instagram, y, en cualquier red social, debiendo proceder ambos progenitores al borrado de las publicaciones ya existentes"*.

**2.-** Contra la misma D. Germán ha interpuesto recurso de apelación al mostrar su disconformidad con lo resuelto en la instancia en los dos anteriores pronunciamientos, interesando la revocación de lo acordando en el sentido de que:

a).- Se permita a los progenitores de Esperanza a, con el consentimiento concreto y expreso de ésta, subir fotografías a sus redes sociales en las que se identifique a la menor así como permitir la recuperación de aquéllas que han sido borradas en cumplimiento provisional de la sentencia recurrida, y, subsidiariamente, y solo para el caso de que se considere que esto no es posible, se permita a los progenitores de Esperanza a, con el consentimiento concreto y expreso de ésta, subir fotografías a sus redes sociales en las que se identifique a la menor con las limitaciones que se consideren necesarias, así como permitir la recuperación de aquellas que han sido borradas en cumplimiento provisional de la sentencia recurrida, tras la aplicación a las mismas de los límites que pudieran establecerse.

b).- En lo relativo a los traslados de la menor en los puentes en los que le corresponde disfrutar con su madre Dña. Carolina, se acuerde que el traslado y recogida de la menor en estos casos se hará alternativamente entre padre y madre.

**SEGUNDO.- Del derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores en las redes sociales:**

1.- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de mayo de 2018, con referencia a la anterior de 22 de abril de 2015, y en la misma línea doctrinal la posterior de 24 de octubre de 2018, expone, en relación con la prohibición a ambos progenitores de publicar fotografías del menor en redes sociales de internet sin consentimiento del otro que:

*"...el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores, sin que conste que ninguno de ellos haya sido privado de su ejercicio, por lo que es un derecho que los dos detentan y los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto uno como otro en el caso de acceder a dichas redes sociales tomarán las precauciones adecuadas a la hora de restringir la privacidad de las imágenes de su hijo en el sentido de que solo puedan recibirlas las personas que ellos consideren; y que si alguno de los progenitores hiciese un uso indebido, inadecuado, ofensivo o degradante de la imagen de su hijo el otro podría plantear una controversia en el ejercicio de la potestad parental o incluso denunciarlo en su caso, y además tal circunstancia, que en ninguno de los supuestos concretos estudiados se había producido, también podría tener repercusión en el régimen de guarda establecido.*

*En sentido contrario se han pronunciado otros tribunales, como la Sección Primera de la AP de Pontevedra de 4 de junio de 2015, al recoger que: "el derecho a la propia imagen art. 18-1 CE), en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación ( SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009 );*



y la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal ( art. 5-1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. De modo que la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización ( arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen , y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal ).

En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento habrá de otorgarse por su representante legal ( arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 y 13 del Real Decreto 1720/2007 ). La representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad ( art. 154 CC ). Señalando el art. 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad, y, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, 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. Tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso, por cuanto, aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Leopoldo la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el art. 156 CC. "

Pues bien, esta Sección 12ª, en una reconsideración del tema al estudiar la presente apelación, pasa a compartir plenamente esta última doctrina expuesta ante la realidad social del difícil o complicado control de la privacidad de lo que se publica en redes sociales tipo facebook, instagram, etc. y los abusos que al respecto se producen cada día con la información y fotografías publicadas, mucho más graves cuando están implicados menores de edad, cuestión que impide incardinar o vincular el tema de esta publicación y compartición de imágenes, cuando se trata de hijos menores de edad, con aquellos actos que cada uno de sus progenitores puede realizar válidamente por separado "conforme al uso social" como excepción al principio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos, excepción y principio recogidos en el art. 156 del CC estatal como recoge la última sentencia dictada y, en nuestra comunidad autónoma, en el art. 236- 8.2.c) del CC de Cataluña.

Desde otra perspectiva el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 30 de junio de 2015 ha abordado la cuestión del necesario consentimiento expreso de los padres o los representantes legales en el caso de la publicación de la fotografía de un menor por una revista; el caso estudiado por el Tribunal Supremo consistió en la publicación en una revista informativa del Museo de la Ciencia, de una imagen de un menor sin en el necesario consentimiento expreso de sus padres, materia en parte diferente a la que aquí nos ocupa porque lo que se nos plantea es el derecho de un progenitor a tomar en solitario la decisión de publicar imágenes de un hijo o una hija menores de edad sin consentimiento del otro progenitor, pero que coinciden en el adecuado respeto a la intimidad y a la imagen de los menores como derechos fundamentales de los mismos y que fundamentalmente salvaguardan sus padres como representantes suyos que son.

En este sentido, la mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros y en muchos casos, incluso, sin el consentimiento del menor mayor de catorce años que exige el art. 13 del Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre que desarrolla el art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, no puede servir para justificar la falta de las precisas y suficientes exigencias en la defensa y consideración de este derecho fundamental del hijo.

En definitiva el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad es tan delicado y de tanta trascendencia (hasta el punto de que el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor considera utilización ilegítima "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales") que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad.

En el que nos ocupa, aunque la guarda del hijo se ha atribuido a la madre (si bien con un amplísimo régimen de estancias con el padre), la potestad parental la tienen y ejercen ambos de forma compartida, por lo que la decisión de colgar fotos del mismo la deben tomar ambos progenitores sin perjuicio de la ruptura de su relación de pareja.



*Distinto tema es el de si dicho consentimiento debe ser expreso o puede ser también tácito (por ejemplo si ya antes de separarse ambos colgaban fotos del menor en redes sociales, o si después de la separación ambos lo hacen, etc.), cuestión que deberá valorarse caso por caso en caso de surgir incidentes.*

*Por último debe tenerse en cuenta que desde el 25 de mayo de 2018 será de obligado cumplimiento el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (conocido como RGPD - Reglamento General de Protección de Datos) que es de aplicación directa, y que ha motivado que en España se esté tramitando una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y aunque dicho Reglamento en su Considerando 18 indica que no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial, sí se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas y en su art. 8.1 indica que "cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años"*

*Se refiere por tanto esta normativa también al "titular de la patria potestad" y si ambos progenitores son titulares ambos deben consentir en esta materia.*

Esta doctrina jurisprudencial es la mayoritaria y está igualmente recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 14 de mayo de 2018 que recoge que:

*" El derecho a la propia imagen ( art. 18-1 CE ), se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal ( art. 5-1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal). La disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización ( arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen , y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal ).*

*En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento habrá de otorgarse por su representante legal ( arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y art 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre ). Dicha representación legal en el caso de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad y en el caso de padres divorciados aun cuando la guarda y custodia del hijo menor haya sido atribuida a uno de los progenitores, como ambos progenitores conserven la patria potestad, será preciso el consentimiento del otro progenitor, cuando uno de los progenitores pretenda hacer exhibición pública de imágenes de su hijo menor de edad."*

En definitiva el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad resulta tan delicado y de tanta transcendencia que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad.

**2.-** En el presente caso, constando que la menor Esperanza en la actualidad tiene 13 años, que se encuentra bajo la guarda y custodia de su padre, que la potestad parental de la menor corresponde a ambos progenitores, sin que se encuentre limitado el ejercicio de la misma, y que en todo caso tampoco consta autorización expresa de la menor (aunque tampoco sería decisiva), procede rechazar la pretensión revocatoria solicitada por el padre D. Germán , tanto con carácter principal como subsidiario, de que se permita la publicación de la imagen de la menor Esperanza en redes sociales, en base a la indiscutible protección que debemos dispensar a los menores, sin que se pueda admitir, en modo alguno, la exposición excesiva que ha realizado el Sr. Germán de la privacidad de su hija menor Esperanza , sin mediar acuerdo de ambos progenitores.

**3.-** Contestando escuetamente a los argumentos expuestos por la parte apelante para obtener la autorización de la publicación de las fotografías, videos o cualesquiera imágenes de su hija menor:

a).- La resolución recurrida no peca de falta de motivación como se alega por la parte apelante, ya que en su fundamentación jurídica cuarta aborda esta cuestión sobre las publicaciones en redes de comunicación social, con cita de la STS de 30 de junio de 2015 y de la jurisprudencia menor representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio de 2018, y de Barcelona de 25 de abril y 24 de octubre de 2018, observando lo dispuesto en el art. 218 de la LEC.



Cabe destacar, y este Tribunal comparte, que la Magistrada a quo tiene por acreditado que el padre ha expuesto públicamente a la menor, en redes de comunicación social, no circunscrita siquiera a una red de familiares o amigos, exposición que resulta innecesaria, inadecuada, incontrolada y masiva, incluso constando comentarios y difusión de críticas y opiniones que son objetivamente lesivos para el honor de la niña y su intimidad, y por tanto perjudiciales para su desarrollo personal, puesto que la expone a estereotipos, prejuzgando a la menor o sacando conclusiones injustificadas de forma innecesaria. Se argumenta por qué se acuerda no solo prohibir las publicaciones en lo sucesivo de las imágenes relativas a la menor, sino también debe procederse a borrar las ya publicadas. E incluso se añade que todos los peritos psicólogos que ha tenido ocasión de deponer en la vista del juicio desaconsejan esta exposición, afirmando lo inadecuado de dicha exposición pública de cara al interés de la niña, sin que a ninguno de los progenitores le sea dable incluso, de forma indirecta, fortalecer su propia imagen, de la que sacan también provecho, a costa de la exposición de la de su hija, en perjuicio para ella.

b).- Confirmamos la valoración de la prueba y los razonamientos fácticos y jurídicos que realiza la Magistrada a quo en el sentido de que el hecho de que la madre haya publicado, a su vez imágenes muy puntuales de Esperanza y sin que se sea posible su identificación, no puede interpretarse como un acto propio, que faculte al padre la difusión masiva de la publicación en sus redes sociales de la imagen de su hija Esperanza .

Está más que acreditada la multitud de publicaciones de la menor que el padre D. Germán efectúa en sus redes sociales, incluso algunas de ellas con carácter publicitario al tener contratos de imagen con algunas marcas publicitarias < entre otros, folios 1.195 a 1.307 de autos de autos> , incluso llevando a generar especulaciones y/o debates innecesarios para Esperanza sobre determinados aspectos personales relativos a su orientación sexual.

En contra, únicamente consta durante todos estos años que la madre Dña. Carolina ha publicado únicamente 4 fotos en las que aparece de alguna manera su hija menor Esperanza , pero en ninguna de ellas es posible identificarla < folio 1629 a 1632 de autos> .

c).- Rechazamos el argumento de la realidad social vertido por el apelante D. Germán con alusión al art. 21 de la LOPDH, sobre que la protección civil del honor, de la intimidad, y de la propia imagen queda delimitada por las leyes y por los usos sociales, y ello por cuanto, como hemos expuesto, el difícil o complicado control de la privacidad de la información y fotografías en redes sociales, muchos más grave cuando están implicados menores de edad, impide incardinar el tema de la publicación y compartición de imágenes de los menores edad, en los actos que se pueden realizar válidamente por separado de conformidad al uso social, tanto del mencionado art. 21 de la LOPDH como del art. 156 del Código Civil.

Lo que se prohíbe es la publicación de fotografías, videos y cualesquiera imágenes de la menor en las redes sociales de sus padres, sin que nos hallamos pronunciamiento sobre la existencia de cuentas sociales que Esperanza pudiera abrir o utilizar para relacionarse con sus iguales, de una cuenta propia y privada para relacionarse y comunicarse con sus amigos y familiares.

d).- Lo acordado en la instancia es proporcional al intereses superior de la menor, puesto que está acreditado por las opiniones periciales de todos los psicólogos que han intervenido en esta litis, tanto de los propuestos por la apelada como por la parte apelante, incluido el Perito Judicial del Equipo Psicosocial, que la prohibición de la publicación de la imagen de la menor en redes sociales es absolutamente necesaria para la protección de la niña, y ello sin posibilidad de permitir su divulgación con las limitaciones que propone la parte apelante.

e).- A diferencia de lo que sostiene el apelante D. Germán , no consta autorización expresa de la menor y ni su concurrencia es decisiva, y al revés, aun cuanto exista consentimiento expreso de ambos progenitores, la menor tiene su derecho propio y autónomo a que se vele por su intimidad, imagen y honor.

Destacamos únicamente la explotación de la menor Esperanza , según lo constatado en la providencia de 29 de abril de 2019, sobre que "no le importaba que se publicaran fotos, que no importaba lo que piense la gente. Que no maneja las redes sociales y no sabe cuántas personas ven sus fotografías. Que ella lo que quería es que sus padres la autorizaran a tener whatsapp, que es lo que tienen sus amigas, para comunicarse con ellas. Que su madre sí le deja pero no su padre. Que ella tiene teléfono móvil y sí le gustaría tener whatsapp" < folio 1720 de autos> .

Por último, únicamente reproducir lo que se recoge en el Reglamento n1 1720/2007 de 21 de diciembre, que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, al referirse al consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, al disponer el art. 13.1 que " Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores."



**TERCERO.- De los desplazamientos en los puentes que corresponde a la menor estar con su madre en su localidad de residencia:**

1.- Frente a lo acordado en instancia en el sentido de que, en los dos de cada tres de los puentes que corresponda la estancia de la menor Esperanza con la progenitor no custodia en el lugar de residencia de la madre, sea el padre quien se ocupe de llevar a Esperanza hasta el domicilio de la madre, en su localidad de residencia y la recogerá igualmente en el domicilio de la madre, siendo todos estos desplazamientos del progenitor y de la menor hija común a costa del padre, y, lo anterior, mientras que la niña no quiera viajar sola o acompañada por personal de la compañía aérea, recurre el apelante D. Germán en el sentido de interesar que estos traslados de la menor se hagan alternativamente ente el padre y la madre, en decir, que en uno de esos tres puentes sea la que se desplace la madre a recoger y entregar la niña en Bilbao.

2.- Rechazamos de plano dicha pretensión revocatoria, confirmando lo resuelto en la instancia, que tiene en consideración los acuerdos alcanzados por las partes sobre las cargas tanto económicas como personales entre ambos progenitores en los traslados para el ejercicio del derecho de visitas de la menor con la progenitora no custodia.

Lo importante en esta materia es que se realice un reparto equitativo de las cargas tanto económicas como personales entre ambos progenitores en los traslados para el ejercicio del derecho de visitas, según doctrina recogida en la STS de 26 de mayo de 2014, que se refiere a los supuestos en que los domicilios habituales de los progenitores se encuentran a una distancia importante y por tanto los traslados para efectuar el régimen de relación con el progenitor que no tiene la guarda y custodia cotidiana conllevan un tiempo y un dinero importante.

Debemos comenzar por apuntar que, atendiendo a la edad de la menor Esperanza , de 13 años, no existe impedimento alguno para que los viajes aéreos de Esperanza entre Bilbao-Madrid-Bilbao, sean realizados a través del servicio de acompañamiento por personal de la línea aérea que se contrate, o incluso a que la menor Esperanza viaje sola. Es más, en el dictamen el Equipo Psicosocial se informa en el sentido de que se debe desarrollar un sistema de estancias de la menor con su madre que combine con flexibilidad la presencia de la madre en Bilbao así como el desplazamiento (por edad de la menor y en ausencia de indicadores contrarios, nada obsta a que sea acompañada por personal ajeno a la familia) de la menor a Madrid. Además debemos señalar que con motivo de la elaboración de este informe del Equipo Psicosocial de 11 de junio de 2018, consta expresamente que D. Germán se "muestra sobreprotector" y se "opone a que la niña viaje sin el acompañamiento paterno o materno, aunque sea acompañada por terceros" < folios 943 a 950> . Por lo tanto, se trata de una cuestión que debe quedar superada bien en la actualidad o bien en un plazo de tiempo muy breve, atendiendo a la evolución personal de la menor Esperanza .

Y terminar exponiendo que el peso de los desplazamientos para el ejercicio del derecho de visitas materno filial lo ha llevado y lo lleva la madre Dña. Carolina , quien se desplaza a Bilbao para estar con su hija los fines de semana que se especifican, más dos periodos largos de once días, cada uno de ellos, aun cuando en estos dos periodos el padre contribuye económicamente con la cantidad de 50 euros diarios, por lo que se estima justo y equitativo que el padre D. Germán , únicamente si no quiere o no puede incentivar a su hija Esperanza para que viaje sola o con acompañamiento por personal aéreo contratado, sea el que realice la entrega y recogida de la menor en la localidad de residencia de la madre, actualmente en Madrid, en dos de cada puentes que le corresponda estar a Esperanza con la madre en el lugar de residencia de ésta.

**CUARTO.- De las costas procesales:**

La desestimación del presente recurso de apelación conlleva la imposición d las costas procesales causadas en esta alzada, a la parte apelante, en virtud del art. 398.1º de la LEC.

**QUINTO** .- La disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

**FALLAMOS**

**Que desestimando el recurso de apelación** interpuesto por **DON Germán** , representado por la Procuradora Dña. Sheila Soto López de Letona, contra la sentencia de 17 de junio de 2019 y el auto aclaratorio de 9 de julio



de 2019 dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de los de Bilbao, en los autos de Modificación de Medidas Paterno Filiales nº 2.898/17, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS los mismos**, con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículos 477 y 479 de la LEC).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO** por alguno de los motivos previstos en la LEC. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación ( artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 4704 0000 00 1746 19. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos ( DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

---

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

---

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Magistrados que la firman, y leída por la Ilma. Magistrada Ponente el día 6 de marzo de 2020, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.