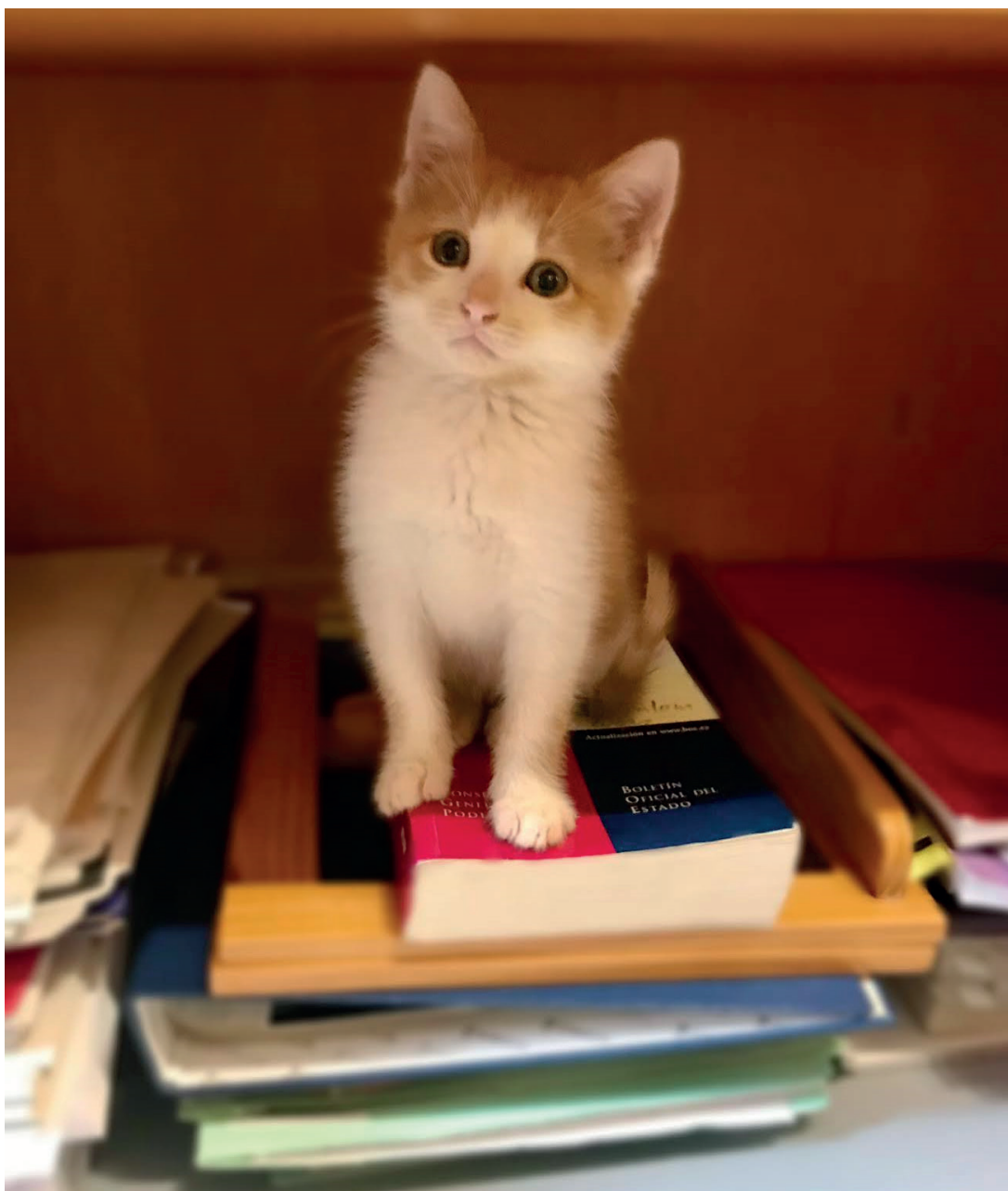


# CUADERNO DE FAMILIA

BOLETÍN JURÍDICO DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA  
Nº 1 junio 2022



ASOCIACIÓN  
JUDICIAL  
FRANCISCO DE  
VITORIA

junio 2022

## Cuaderno de familia

Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria

ajfv@ajfv.es

### Comité Editorial:

**Alfonso Carlos Aliaga Casanova**, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela.

**Estrella María González Maroño**, Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Gijón.

**Susana Jiménez Bautista**, Magistrada, Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

**José Antonio Baena Morales**, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (Málaga)

**Adalberto de la Cruz Correa**, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arrecife Las Palmas

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.  
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2687

### Exención de responsabilidad:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

# Sumario

03

EL CUIDADO DE LOS ANIMALES COMO SERES  
SINTIENTES EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIARES

por Alfonso C. Aliaga Casanova y Ana Belén  
Villar Álvarez

22

¿ES INCONSTITUCIONAL LA PROHIBICIÓN DE  
CUSTODIA COMPARTIDA DEL ARTÍCULO 92.7 DEL  
CÓDIGO CIVIL?

por Jorge L. Fernández Vaquero

26

RESÚMEN DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE EN  
MATERIA DE FAMILIA EN EL AÑO 2021

Por Susana Jiménez Bautista y Jose Antonio Baena  
Sierra

# EL CUIDADO DE LOS ANIMALES COMO SERES SENTIENTES EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIARES

Alfonso C. Aliaga Casanova

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela

Ana Belén Villar Álvarez

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de León

## SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN: LOS LAZOS AFECTIVOS CON LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA, LAS CRISIS DE PAREJA Y EL CAMBIO NECESARIO DE LA RESPUESTA JUDICIAL

II.- ANIMALES: SERES SENTIENTES O SERES VIVOS DOTADOS DE SENSIBILIDAD

III.- CONCEPTO DE ANIMALES DE COMPAÑÍA

IV.- LOS CONVENIOS REGULADORES: NO HAY QUE OLVIDAR LAS MASCOTAS

V.- CRITERIOS DE LA DECISIÓN DEL JUEZ EN DEFECTO DE ACUERDO. ¿PREVALECE EL CUIDADO COMPARTIDO?

VI.- ¿CABEN ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALES SOBRE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA?

VII.- ¿QUÉ PASA CON LAS PAREJAS DE HECHO?

VIII.- INFLUENCIA DEL MALTRATO ANIMAL EN LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE CUSTODIA DE HIJOS MENORES

IX.- BIBLIOGRAFÍA

**RESUMEN:** El presente trabajo realiza un estudio de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales, que supera una concepción de los animales como meras cosas y los considera seres sensibles. Dicha ley introduce la necesidad de decidir en los procesos

**derivados de crisis familiares sobre el destino de los animales de compañía y obliga a ponderar el bienestar animal y el vínculo afectivo entre los animales y los miembros de la familia.**

**ABSTRACT:** This article carries out a study of Law 17/2021, of December 15, on the legal regime of animals, which goes beyond a conception of animals as mere movable assets and considers them sentient beings. Said law introduces the need to decide in the processes derived from family crises on caring for pets and forces to weigh animal welfare and the emotional bond between animals and family members.

**PALABRAS CLAVE:** Animal de compañía, seres sensibles, crisis matrimoniales, parejas de hecho, derecho de familia

**KEY WORDS:** Pets, sentient beings, marital crisis, unmarried couples, family law

**I. INTRODUCCIÓN: LOS LAZOS AFECTIVOS CON LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA, LAS CRISIS DE PAREJA Y EL CAMBIO NECESARIO DE LA RESPUESTA JUDICIAL**



- O rechazaban la posibilidad de la “custodia compartida” o reparto de tiempos en el cuidado de la mascota si ésta era propiedad en exclusiva de unos de los miembros de la pareja por aparecer así en el Registro de Identificación de Animales.<sup>7</sup>

Más difícil era encontrar resoluciones judiciales que acordaban el cuidado de la mascota por períodos alternos en el seno de un proceso de familia. Las pocas que encontramos, en su gran mayoría, lo hacían partiendo de la titularidad compartida o copropiedad del animal y de que el art. 394 Civil otorgaba a ambos propietarios un derecho de posesión y disfrute compartido de la mascota.<sup>8</sup>

Pero, habían sido muy pocas las resoluciones que habían considerado que la mera titularidad formal del animal, sea como dueño o como adoptante en un Registro público de Animales, no puede prevalecer sobre la realidad del afecto derivado de la tenencia compartida del animal en la familia.<sup>9</sup> Eran escasas las que habían considerado que la relación con un animal de compañía implica una relación emocional que no es comparable con el derecho de propiedad sobre otro tipo de bienes, puesto que se trata de un ser vivo que acompaña e interactúa con sus propietarios, creándose estrechos

lazos de afectividad mutua que deben ser conservados no sólo por respeto a los derechos de los dueños sino también por exigencias del bienestar del propio animal.<sup>10</sup>

Se hacía, pues, necesario una reforma como la que realiza la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, sobre el régimen jurídico de los animales (en adelante, LRJA), para que se produzca definitivamente un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos y para que, adaptándose mejor a la sociedad actual, en las decisiones que se adopten por los tribunales en situaciones de crisis familiares, prime el bienestar animal y se tenga en consideración, con la debida “sensibilidad”, los lazos de afectividad mutua entre las personas y sus mascotas.

La Ley sobre el régimen jurídico de los animales supone, pues, un primer paso importante para atender al bienestar animal en situaciones de crisis familiares, que quizás se queda corto, como veremos, en el caso de las parejas de hecho.

## II. ANIMALES: SERES SENTIENTES O SERES VIVOS DOTADOS DE SENSIBILIDAD

La reforma de diciembre de 2021 no es ajena, en primer lugar, al cambio de sensibilidad social hacia los animales. Como señala GIMÉNEZ-CANDELA “que la sociedad ha cambiado su percepción acerca del trato que corresponde dar a los animales, se advierte en la modificación

[ECLI:ES:APSG:2015:64\)](#)

7 [SAP de Asturias Sección 4ª de 21 de Junio de 2017 \(Roj: SAP O 1845/2017 - ECLI:ES:APO:2017:1845\)](#)

8 Por todas, [SJPI nº 9 de Valladolid de 27 de mayo de 2019 \(Roj: SJPI 88/2019 - ECLI:ES:-JPI:2019:88\)](#)

9 [SJPI de Madrid nº 11 de 7 de octubre de 2021](#)

10 [SJPI de Vilanova i la Geltrú nº 7 de 6 de noviembre de 2019 \(Roj: SJPII 131/2019 - ECLI:ES:-JPII:2019:131\)](#)

de algunos hábitos sociales en los últimos diez años tanto en el ámbito cultural, como en el rechazo al maltrato animal”<sup>11</sup>. Igualmente, en segundo lugar, parte del hecho de que a los animales no se les puede tratar como cosas inertes, sencillamente porque, como la ciencia ha demostrado sobradamente, no lo son. El enfoque tradicional basaba la diferencia entre el hombre y el animal en la ausencia, en el animal, de capacidades que se predicaban como exclusivas del ser humano (racionalidad, habla) y ello había permitido la cosificación de los animales, es decir, el tratamiento de los mismos como meras cosas en propiedad. Sin embargo, el enfoque dominante en nuestros días y en las sociedades modernas está basado en el desarrollo de las ciencias de la biología y el bienestar animal y pone de relieve la sentiencia como punto de encuentro entre hombre y animal. Partiendo, pues de dicha sentiencia, los animales no pueden ser tratados como meras cosas, sino de acuerdo con las exigencias que demanda su naturaleza de seres sintientes. La sentiencia, pues, viene a ser un recurso universal, invocado para mejorar o justificar la protección animal. El binomio sentiencia-protección animal aparece, así, como una constante en los últimos años y está justificando la revisión de la normativa de los Códigos civiles y el resto de leyes protectoras de los animales<sup>12</sup>. En

tercer lugar, tal superación del enfoque tradicional era una obligación impuesta al Estado Español por sus compromisos internacionales dado que el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige que los Estados respeten las exigencias en materias de bienestar de los animales como “seres sensibles” y España había ratificado en el año 2017, con treinta años de retraso, el Convenio Europeo sobre Protección de animales de compañía, hecho en Estrasburgo el 13 de noviembre de 1987 (en adelante, CEPAC). Así pues, dicha superación del enfoque tradicional por el binomio sentiencia-protección animal queda patente en la Exposición de Motivos de la LRJA al señalar que:

1º “la naturaleza de los animales es distinta a la naturaleza de las cosas o bienes, principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento”  
2º “la relación de la persona y el animal (sea este de compañía, doméstico, silvestre o salvaje) ha de ser modulada por la cualidad de ser dotado de sensibilidad, de modo que los derechos y facultades sobre los animales han de ser ejercitados atendiendo al bienestar y la protección del animal, evitando el maltrato, el abandono y la provocación de una muerte cruel o innecesaria.”

El enfoque dominante en nuestros días y en las sociedades modernas está basado en el desarrollo de las ciencias de la biología y

11 Giménez-Candela, Marita, “Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal”, *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)* 2021, vol. 12/2 pp.7-22

12 Para una visión más amplia del binomio sentiencia-protección animal, vid Giménez-Candela, Marita, “Estatuto jurídico de los animales en el Código

civil. La esperada descosificación animal”, *op. cit.*

el bienestar animal y pone de relieve la sentiencia como punto de encuentro entre hombre y animal.

Por ello, en el texto normativo expresamente se hace mención al carácter sensible de los animales en el art. 333 bis Ccivil al preceptuar que: “los animales son seres vivos dotados de sensibilidad”. Como señala la Exposición de Motivos de la LRJA dicho precepto hace “una descripción “positiva” de la esencia de estos seres que los diferencia, por un lado, de las personas y, por otro, de las cosas y otras formas de vida, típicamente de las plantas”.

Al diferenciarlos de la persona, la reforma no recoge las posiciones pro-animalistas más radicales que pretenden reconocer personalidad jurídica a los animales con capacidad para tener derechos y deberes; por ello, no habla de la dignidad ni los derechos de los animales. No obstante, al destacar esa sensibilidad de los animales, se pretende concienciar a la sociedad de que hay que tratarlos “al menos como nosotros”<sup>13</sup>. Por ello, quizás, como indica CERDEIRA, el lema de la reforma podría ser: “humanidad con los animales, mas sin la necesidad de humanizarlos”.<sup>14</sup>

Por otro lado, al diferenciarlo de las cosas y reconocer el carácter sensible de

13 De tal opinión, Giménez-Candela, Marita, “Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal”, op. cit.

14 Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, “Entre personas y cosas: ¿Un nuevo derecho para los animales?”, *Diario la Ley* n° 9853, 19 de mayo de 2018.

los animales, el legislador no estima a los animales propiamente como un “tertium genus” entre personas y cosas, sino, más bien, como un bien singular, distinto a las simples cosas, que como bien especial merece también una protección especial.<sup>15</sup>

Esta especial protección jurídica que precisan los animales por su carácter sintiente se manifiesta, entre otros, en los siguientes aspectos de la nueva normativa:

- 1.- Se modifica el lenguaje del Código Civil, incluyendo expresamente a los animales como posibles objetos de derecho, propiedad (arts.333 y 348 Ccivil y concordantes) y posesión (art.430 y ss. Ccivil) al añadir la palabra “animal” junto a la de “bienes, cosas o derechos”.
- 2.- Sólo se les aplica de forma supletoria el régimen jurídico de los bienes y las cosas en la medida que sea compatible con su naturaleza o con las normas destinadas a su protección (art. 333 bis, apartado 1 Ccivil)
- 3.- El propietario, poseedor o titular de un derecho sobre el animal debe respetar su cualidad de ser sintiente y asegurar su bienestar al ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado (art. 333 bis, apartado 2 Ccivil)
- 4.- La indemnización de daños y perjuicios por lesión o menoscabo grave de la salud física o psíquica del animal comprenderá la reparación del daño moral causado art. 333 bis, apartado 4 Ccivil)
- 5.- La división del animal de compañía

15 En este sentido, Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, “Entre personas y cosas: ¿Un nuevo derecho para los animales?”, op. cit.

se somete a reglas especiales en el art. 404 Ccivil, prohibiéndose la venta si no hay acuerdo y previendo la posibilidad de acordar su destino y cuidado atendiendo al interés de los dueños y del bienestar animal.

6.- Se exime la obligación de restituir el animal perdido a su propietario o responsable de su cuidado, si hay indicios fundados de malos tratos o de abandono (art. 611 Ccivil).

7.- A falta de disposición testamentaria, si más de un heredero reclama el animal de compañía y no hay acuerdo, la autoridad judicial decide teniendo en cuenta el bienestar animal (art. 914 bis Ccivil)

8.- Los animales de compañía no son susceptibles de prenda (art. 1864 Ccivil) ni de hipoteca (art. 111 LH) ni de embargo (art. 605.1 LEC)

En la misma línea, dicho carácter de los animales, como seres sensibles, determina que en la misma Exposición de Motivos y en toda la regulación de las crisis matrimoniales, no se hable de la mera tenencia o disfrute del animal de compañía sino de “cuidado” del animal, “convivencia” con el animal o tiempos que podrá tenerse “en su compañía” (cfr. Arts. 90.1 b bis, 94 bis y 103 1<sup>ab</sup>is Ccivil y arts. 771.2 y 774.4 LEC )

Por añadidura, como veremos, todas las decisiones judiciales que se adopten, en relación con los animales de compañía tras la ruptura de la crisis familiar, deberán estar presididas por el principio del respeto no sólo del interés de los miembros de la familia sino también del bienestar animal (cfr. arts. 90.2 y 94 bis Ccivil), principio que se erige en un

principio general del derecho, informador del resto del ordenamiento jurídico.

### III. CONCEPTO DE ANIMALES DE COMPAÑÍA

Tras la reforma, todos los preceptos que aluden en el Ccivil y Lec a los animales que pueden ser objeto de regulación en los procesos matrimoniales mencionan a los animales de compañía; por tanto, habrá que tener cuidado de no incluir en tales procesos otros animales que no tengan tal consideración. Debemos, por tanto, aclarar qué se entiende por “animal de compañía”.

La nueva LRJA no contiene una definición expresa del concepto de animal de compañía. Sin embargo, encontramos definiciones de tales animales en otras normativa internacional, estatal y autonómica.

Así, el art. 1 del CEPAC dispone que: “se entiende por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía.”

En la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal se define al animal de compañía en su artículo 3 como: “los animales que tenga en su poder el hombre, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos.”

Por otro lado, la regulación sobre los animales de compañía se extiende por

todo el territorio nacional, y son las Comunidades Autónomas quienes tratan aspectos tan variados como su protección, educación, transporte o defensa. Todas las normas autonómicas protectoras definen al animal de compañía. A modo, de ejemplo, citamos las siguientes:

- Art. 2 de la Ley 5/1997, de 24 de abril, de protección de los animales de compañía de Castilla y León: “se entiende por animales de compañía aquellos animales que viven con las personas, principalmente en el hogar, con fines fundamentalmente de compañía, ocio, educativo o social independientemente de su especie. A los efectos de esta ley se incluyen todos los perros y gatos, independientemente del fin para el que se destinan o el lugar en el que habiten, y los équidos utilizados con fines de ocio o deportivo, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos.”

- Art. 3 del Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de protección de los animales en Cataluña: Se entiende por “animal de compañía: el animal doméstico que las personas mantienen generalmente en el hogar para obtener compañía. A los efectos de esta Ley, disfruta siempre de esta consideración los perros, los gatos y los hurones.”

- Art. 2 de la Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalidad Valenciana, sobre Protección de los animales de compañía: “a) Son animales de compañía los que se crían y reproducen con la finalidad de vivir con las personas, con fines educativos, sociales o lúdicos, sin ninguna actividad lucrativa. b) Esta Ley será aplicable a todos los artrópodos, anfibios, peces, reptiles, aves y mamíferos de compañía cuya comercialización o tenencia no esté prohibida por la normativa vigente. Especialmente será de aplicación a las subespecies y variedades de perros («canis familiaris») y gatos («felis catus»)”

- Art. 4 de la Ley 4/2017, de 3 de octubre de protección y bienestar de los animales de compañía en Galicia: “son animales de compañía: los animales de cualquier especie, de los incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley, que tenga en su poder el ser humano, siempre que su tenencia no suponga como destino su consumo o aprovechamiento de sus producciones o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos. En todo caso, dentro de esta definición se incluye en su totalidad, a los perros, gatos y hurones, así como a los animales de colecciones zoológicas de los parques o reservas zoológicas, independientemente del fin al que sean destinados o del lugar en el que habiten, además de todos aquellos ejemplares de animales silvestres

mantenidos en cautividad con fines distintos a los productivos.”

Alguna de esas normas citan al perro, al gato o al hurón como animales de compañía, pero sólo lo hacen de forma ilustrativa, puesto que, en la gran mayoría de ellas, se ofrece una definición amplia y genérica de las características que tiene que reunir un animal para ser catalogado “de compañía”, y que concentramos en tres:

1ª que el animal esté en poder del ser humano.

2ª que viva con las personas, principalmente en el hogar, con fines de compañía, ocio, educativo o social.

3ª que la tenencia de ese animal no tenga un fin comercial o lucrativo y no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones.

Esa especial atención a los animales de compañía hace que se rebase el concepto tradicional en el que solo se hacía referencia al perro y al gato, y que se amplíe a pájaros, hámsteres, tortugas, etcétera.

Se suelen confundir dos conceptos, el de animales domésticos, con el de animal de compañía. El animal doméstico es el que depende de la mano del hombre para su subsistencia, los que habitualmente se crían, se reproducen y conviven con personas y que no pertenecen a la fauna salvaje. También tiene esta consideración los animales que se crían para la producción de carne, piel o algún otro producto útil para el ser humano, los animales de carga y los que trabajan en la agricultura, así como los de

acompañamiento, conducción y ayuda a personas ciegas o con deficiencia visual grave o severa. (art. 3 de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal; art. 2 del Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto, por el que se regula el Catálogo español de especies exóticas invasoras.) Sin embargo, no todos los animales domésticos son animales de compañía.

La diferencia esencial está en la finalidad de la tenencia de uno y otro, considerándose sólo animal de compañía el que convive con el hombre con fines de compañía, ocio, educativo o social.

Sin duda, dado que la anterior normativa citada configura los animales de compañía como un concepto abierto y, en cierto modo indeterminado, se van a plantear dudas interpretativas que deberá ir delimitando la jurisprudencia. A modo de ejemplo de supuestos que se pueden plantear como dudosos, mencionamos los siguientes :

-**Cerdos vietnamitas:** ordinariamente será animal de producción pues el destino de estas especies es su cría y cebo para la producción de alimentos; excepcionalmente, en casos particulares, pueden ser utilizados como compañía y ocio y no destinarse a la producción ni a fines comerciales o lucrativos; en tal caso serían animales de compañía.

-**Animales salvajes o silvestres criados en cautividad y «domesticados»,** es decir, acostumbrados a vivir habitualmente con el hombre (lobos, tigres, etc): no deben calificarse como animal de compañía en los procesos

matrimoniales, puesto que en uno de los considerandos del preámbulo del CEPAC se advierte de que «no debe alentarse la utilización de especímenes de la fauna salvaje como animales de compañía», en la medida que se trata de animales cuyo hábitat natural de vida y reproducción es el medio silvestre, en total libertad. Se atendería, en caso contrario, al bienestar animal y se pondría en peligro la salud de las personas.

**-Caballo:** si es utilizado para su monta recreativa y deportiva por los miembros de la unidad familiar y habita un pequeño establo situado junto a la vivienda familiar es, sin duda, un animal doméstico al servir para recreo y esparcimiento de la familia, pese a que convive con el hombre de forma estricta «en su propia vivienda» como exige el art 1 CECAC, puesto que lo hace en una estancia contigua a la misma. Se valora así, en su justa medida, que por su tamaño no puede alojarse en la vivienda y precisa un local habilitado para él.

#### **IV. LOS CONVENIOS REGULADORES: NO HAY QUE OLVIDAR LAS MASCOTAS**

En el Convenio regulador que es preceptivo firmar en las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, tras la nueva LRJA, conforme al art. 90 CCivil, se deberá necesariamente regular:

- El destino de los animales de compañía, esto es, a quien de los cónyuges se confía su cuidado
- El reparto de los tiempos de convivencia y cuidado, si fuere necesario,

- Las cargas asociadas al cuidado del animal.

Por ello, los cónyuges, cuando se vayan a separar o divorciar, deben tener claro que deben negociar qué pasará con su mascota (perro, gato, pájaro, pez, etc.) y tratar de alcanzar un acuerdo sobre los puntos indicados; pues, de lo contrario, como veremos, el juez decidirá por ellos y su decisión puede ser que no la compartan.

Así, en el convenio regulador se tiene que indicar el cónyuge a cuyo cuidado queda el animal de compañía. Tal cuidado puede atribuirse a ambos cónyuges, en cuyo caso deberá fijarse el reparto de los tiempos de convivencia, que pueden ser iguales o diferentes.

También puede fijarse que el cuidado del animal se atribuya a uno de los cónyuges solamente. En este caso, debe fijarse el tiempo que el otro cónyuge podrá tenerlo consigo o en su compañía con el único objetivo de no perder la relación y atender las necesidades emocionales y afectivas de dicho cónyuge y también animal. Dichos tiempos de convivencia podrán consistir en la permanencia del cónyuge no cuidador durante un corto periodo de tiempo, o bien en la permanencia con aquél durante varios días incluyendo la pernocta. Además, se deberá determinar de común acuerdo por los cónyuges donde se desarrollará de ese derecho de tener al animal consigo, si en el mismo domicilio donde resida la mascota, o bien si el cónyuge que tenga derecho a esas convivencias temporales puede recogerla y disfrutarlas fuera de dicho domicilio.

Por otro lado, el convenio regulador debe indicar el reparto de los gastos relativos al cuidado del animal (alimentación, vacunas, consultas veterinarias, peluquería, etc.). Se deberá distinguir los gastos ordinarios como pueden ser, la alimentación, cuidados y aseo diarios, seguros o el cuidado de su espacio vital, de los gastos extraordinarios como pueden ser los gastos veterinarios o intervenciones quirúrgicas.

Además, todas estas cuestiones se regularán necesariamente atendiendo al interés de los miembros de la familia y el bienestar animal (art. 90.1 CCivil), puesto que en caso de que el Convenio fuera gravemente perjudicial para el bienestar de los animales de compañía, será la autoridad judicial quien decidirá las medidas a adoptar a este respecto, sin perjuicio del Convenio aprobado (art. 90.2 Ccivil). Llama la atención que dicho precepto no hace referencia al procedimiento previsto en el art. 777.7 LEC que prevé conceder a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal, antes de dictar auto resolviendo y parece dar a entender que el juez debe resolver sin dar dicha posibilidad de nueva propuesta.

Por tanto, el abogado a la hora de aconsejar a los cónyuges del régimen de custodia y cuidado más adecuado deberá hacerles reflexionar, entre otros, sobre una serie de extremos que afectan al bienestar de la mascota como quién es su cuidador real, disponibilidad de los cónyuges de una vivienda adecuada para el bienestar de la mascota, situación

económica de cada uno de los cónyuges interesados en mantener su tenencia y/o el tiempo de dedicación que le resta para la atención y cuidado de la mascota atendiendo a sus deberes profesionales y familiares, valorándose los hábitos del animal, la distancia de las viviendas, los horarios de trabajo y los periodos de vacaciones. Por otro lado, como veremos, si hay hijos, y son éstos quienes entablan un fuerte vínculo con sus mascotas, es necesario tener en cuenta la existencia la relación afectiva de aquéllos con sus animales de compañía, su edad y el impacto psicológico que les puede ocasionar la separación de sus mascotas. Por último, se informará que no es relevante la titularidad formal del animal y en el caso de las cargas que no es relevante a quien se le ha confiado el animal (en este caso, son especialmente relevantes los recursos económicos de los cónyuges).

En cualquier caso, las medidas que afectan a los animales de compañía y que hayan sido adoptadas en el Convenio regulador no tienen carácter definitivo, pueden ser modificadas si se hubieren alterado gravemente sus circunstancias.

## **V. CRITERIOS DE LA DECISIÓN DEL JUEZ EN DEFECTO DE ACUERDO. ¿PREVALECE EL CUIDADO COMPARTIDO?**

1.- Obligación del juez de decidir sobre el cuidado de las mascotas, períodos de convivencia y cargas de su cuidado.

El art. 91 Ccivil, en su nueva redacción, prevé que, en las sentencias de nulidad,

separación o divorcio, en defecto de acuerdo de los cónyuges o de falta de aprobación del mismo, el juez necesariamente “determinará... el destino de los animales de compañía”.

En concreto, según se desprende del art. 94 bis Ccivil, en defecto de acuerdo, el juez debe decidir sobre tres aspectos:

- Si confía a los animales de compañía para su cuidado a uno o ambos cónyuges. Lógicamente, aunque no lo menciona dicho precepto expresamente, si se lo confía a ambos, deberá concretar el reparto de tiempos de convivencia.
- Si toma la decisión de confiar el cuidado a uno de los cónyuges, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá “tenerlos en su compañía”. El legislador elude aquí el termino de régimen de visitas.
- Reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal (sobre este extremo, haremos una mención aparte).

2.- Criterios o principios para tomar la decisión: convivencia o cuidado compartido como solución posible, pero no siempre preferible.

En primer lugar, el juez deberá adoptar las decisiones sobre los tres aspectos arriba indicados “con independencia de la titularidad dominical de éste”. Esta precisión tiene una gran relevancia, pues elimina el abuso que muchas personas ejercían sobre sus parejas. En los registros administrativos de mascotas

sólo puede figurar un propietario, con lo que se desprotegía a la otra parte de la pareja que no figuraba como titular, pues al divorciarse o separarse tenía muy difícil poder ver o compartir al animal. A partir de ahora, al tomar la decisión el juez dará igual quien figure como titular en el registro administrativo o quien sea propietario según las normas de código civil y primarán otros aspectos como el vínculo afectivo.

Por otro lado, es relevante que tales decisiones judiciales sobre el cuidado del animal y tiempos de convivencia señala el art. 94 bis Ccivil que se harán constar en el correspondiente registro de identificación de animales.

En segundo lugar, el juez tomará sus decisiones “atendiendo a los intereses de los miembros de la familia y al bienestar del animal” (art. 94 bi Civil).

Dicho lo cual, hemos de señalar que el interés de los miembros de la familia no prevalece sobre el bienestar animal ni viceversa, sino que ambos intereses deben valorarse conjuntamente. De hecho, en la tramitación parlamentaria se rechazó una enmienda del Grupo parlamentario republicano que proponía dar preferencia al bienestar animal<sup>16</sup>.

Por otro lado, el cuidado o convivencia compartido del animal no se prevé expresamente como el sistema preferente. De hecho, no deben equipararse los afectos que nacen entre los animales de

**16 De tal opinión, González del Pozo, Juan Pablo, “Medidas relativas a los animales de compañía en los procesos de ruptura de pareja (Parte I)”, op. cit.**

compañía y los miembros de la familia en que viven, con los vínculos y relaciones afectivas existentes entre los hijos y sus padres y madres y no cabe hacer aplicación analógica a las mascotas de lo preceptuado en los arts. 92, 94 y 160 CC respecto al régimen de custodia y visitas de los hijos menores de edad.<sup>17</sup>

Las soluciones, por ello, deberán ajustarse a las circunstancias del caso y habrá que valorar quién se ha ocupado anteriormente de atender las necesidades físicas y emocionales del animal, quien está en mejores condiciones de ocuparse del animal, los hábitos previos de éste y valorar cuál es el vínculo afectivo entre el animal y cada uno de los miembros de la familia.

Así, para valorar el interés de los miembros de la familia deberá valorarse su deseo, voluntad o preferencia por desempeñar o no las funciones de tenencia y cuidado diario del animal. Dicha voluntad será relevante, pero no vinculante para el juez si es incompatible con el bienestar animal. Pensemos, por ejemplo, el caso de dos o más animales de compañía de la misma especie y raza nacidos de una misma madre y que los cónyuges proponen separarlos con un alejamiento que puede acarrearles dolor y sufrimiento.

Por otro lado, según GONZÁLEZ DEL POZO el bienestar del animal de compañía puede definirse como “el estado en que se encuentra el animal cuando tiene

<sup>17</sup> De tal opinión, González del Pozo, Juan Pablo, “Medidas relativas a los animales de compañía en los procesos de ruptura de pareja (Parte I)”, op. cit.

cubiertas de modo satisfactorio sus necesidades materiales de alojamiento, comida y agua y debidamente atendida su salud por vivir en condiciones higiénico sanitarias adecuadas y con las revisiones veterinarias periódicas correspondientes, y, además, convive habitualmente con las personas con las que ha establecido un vínculo emocional y afectivo sólido y eso le permite tener sentimientos y sensaciones placenteras al recibir y dar muestras y expresiones de cariño por parte de los humanos con lo que convive. Ese concepto del bienestar animal lo integran, por tanto, un elemento material y otro emocional.”<sup>18</sup> Partiendo de ello, nos atrevemos a apuntar aquí algunos criterios interpretativos para valorar dicho el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal, eso sí, sin ánimo de agotar todas las posibilidades que la realidad puede plantear, que seguro serán variopintas.

Así, si en la familia existen hijos menores de edad y éstos tienen un vínculo afectivo intenso con la mascota, parece que la protección del superior interés del menor aconsejará adecuar el tiempo de cuidado del animal por los progenitores al tiempo de estancia de los menores con éstos. De forma que, si la custodia de los menores es compartida, el cuidado de los animales será compartido. Si la custodia es monoparental, el cuidado del animal se asignará al cónyuge custodio, si bien el cónyuge no custodio tendrá derecho a tener consigo el animal el tiempo de

<sup>18</sup> González del Pozo, Juan Pablo, “Medidas relativas a los animales de compañía en los procesos de ruptura de pareja (Parte I)”, op. cit.

las visitas de los menores. Lógicamente, esta regla general deberá modularse si el progenitor custodio y los menores no pueden atender debidamente a la mascota o si el especial vínculo afectivo con el progenitor no custodio aconsejan otra distribución del tiempo de convivencia con el animal.

Cuando en la familia no existen hijos menores y ambos miembros de la pareja, tienen un vínculo afectivo similar con el animal, parece que la solución de la convivencia compartida será la solución más adecuada, puesto que permitirá a la mascota disfrutar de ambos cónyuges un tiempo similar y ninguno de los miembros de la pareja padecerá la sensación de pérdida o desapego.

En tales casos de ausencia de hijos menores, la solución de atribuir el cuidado a uno sólo de los cónyuges sólo parece oportuna cuando el otro cónyuge no puede ocuparse del cuidado del animal por circunstancias familiares o laborales o cuando el vínculo afectivo con uno de los cónyuges es especialmente intenso. Ahora bien, la precisión legal del art. 94 bis Ccivil que obliga al juzgador a determinar la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado el cuidado del animal podrá “tenerlo en su compañía”, nos permite concluir que en los casos de asignación del cuidado a uno sólo de los cónyuges, la fijación de dichos tiempos de compañía por el otro cónyuge no cuidador será la regla general. Solo cabrá privar a uno de los cónyuges de tales tiempos de convivencia con el animal en los casos de rechazo hacia el mismo, ausencia total de vínculo afectivo

o maltrato animal.

A la hora de fijar los tiempos de convivencia con el progenitor no cuidador del animal consideramos que no habrá que ser tan estrictos como en el caso del régimen de visitas de los niños y considerar los fines de semana alternos como la solución siempre más deseable. Los animales no se someten a un horario escolar como los niños; por ello, habrá que ponderar, en especial, las circunstancias del animal y aquello que le causa más bienestar. Pensemos, por ejemplo, en casos en que el perro suele salir con el padre o madre al campo o a la montaña cuando éste o ésta hacen actividades deportivas en la naturaleza.

Por último, a la vista de los principios contenidos en los arts. 3 y 4 CEPAC, no procederá reconocer un régimen de tenencia o disfrute del animal de compañía en favor del cónyuge o progenitor que ha infringido maltrato al animal o descuidado su comida y bebida, ejercicio físico o atenciones sanitarias.

### 3.- Gastos de mantenimiento de las mascotas

Cuando hablamos de gastos de las mascotas hay que diferenciar los costes iniciales (comederos, bebederos, camas, mantas, productos para salir a la calle, productos de limpieza, chip, desparasitación, etc.), de los costes de mantenimiento (gastos de veterinario, reposición de productos rotos o agotados, el seguro, etc.).

En el trámite del divorcio sólo se tratarán los costes de mantenimiento sin poder

reclamarse entre los cónyuges los costes que inicialmente hubiera ocasionado la mascota en el momento de su adquisición.

En relación con los costes de mantenimiento podemos distinguir, los gastos ordinarios, y los gastos extraordinarios. Entre los ordinarios se encuentran la alimentación, cuidado y atención diaria, y los gastos de renovación de los objetos y accesorios que se pierden por el uso y el desgaste, o el seguro. Son gastos extraordinarios los que tiene carácter excepcional, imprevisible y estrictamente necesario. A modo de ejemplo citamos los siguientes: atención sanitaria, veterinario, vacunas, pruebas diagnósticas, medicación, intervenciones quirúrgicas, o el pago de la estancia de la mascota con un cuidador cuando ninguno de los cónyuges de manera excepcional se pueden hacer cargo de ella.

El juez debe fijar quién de los cónyuges y en qué proporción se hará responsable de los gastos de mantenimiento de su animal de compañía. En su reparto habrá de valorarse especialmente los recursos económicos de los cónyuges. No se está necesariamente vinculado a imponerlos al cónyuge a cuyo cuidado se atribuye el cuidado del animal.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2021 algún Juzgado ya disponía cómo se distribuían los gastos de las mascotas. Así, la [SJPI nº 9 de Valladolid de 27 de mayo de 2019 \(Roj: SJPI 88/2019 - ECLI:ES:JPI:2019:88\)](#), fijando un criterio que puede ser [ilustrativo acuerda que](#) “Los gastos de atención sanitaria, veterinario, vacunas

y otros extraordinarios, serán sufragados al 50% entre los 2 propietarios, previa justificación documental de los mismos. Los relativos a comida/peluquería, cada parte asumirá los mismos durante su periodo de posesión”.

Con la reciente entrada en vigor de la Ley 17/2021 las sentencias de nuestros órganos judiciales irán en el mismo sentido fijando quién y en qué porcentaje se debe de contribuir al abono de los gastos de mantenimiento de los animales de compañía. Así, por ejemplo, la reciente la [SAP de Madrid Sección 22 de 28 de enero de 2022 \(Roj: SAP M 492/2022 - ECLI:ES:APM:2022:492\)](#): “Por lo que respecta a los desembolsos de veterinario de la mascota de la familia, dados los términos en que ha quedado planteada la litis en el supuesto de autos, y no pudiendo su compañía y disfrute asimilarse al uso y posesión del domicilio familiar, máxime tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, (...) es lo procedente que se abonen por mitad los precisos para intervenciones quirúrgicas y tratamiento de prolongadas enfermedades que facture el veterinario.”

## VI. ¿CABEN ADOPTAR MEDIDAS PROVISIONALES SOBRE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA?

El tenor de la redacción actual de los artículos 103.1 bis CC y. 771.2, párrafo 2º LEC, permite inferir con claridad que en los procesos de nulidad, separación y divorcio contenciosos es posible acordar medidas provisionales en relación a los animales de compañía.

De dicha nueva regulación legal, parece oportuno destacar tres cuestiones:

1º El art. 771.1 párrafo 2º LEC permite adoptar las medidas provisionales sobre convivencia y necesidades del animal de compañía de inmediato sin audiencia a la otra parte si la urgencia del caso lo aconseja. Se sitúa en este aspecto a los animales en situación similar a las medidas en relación con los hijos.

2º El art. 103 Ccivil al enumerar las medidas provisionales que se pueden adoptar en relación con los animales domésticos usa la siguiente expresión: “Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno». Así pues, a diferencia del art. 94 bis Ccivil relativo a las medidas definitivas el art. 103 Ccivil no menciona expresamente la posibilidad de acordar como medidas provisionales las “el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal”. Por ello, se pregunta la doctrina si cabe fijar medidas provisionales al respecto. En nuestra opinión, la respuesta a dicho interrogante debe ser afirmativa, sin lugar a dudas, por las siguientes razones<sup>19</sup>:

- Se trata de un olvido del legislador

<sup>19</sup> De la misma opinión, González del Pozo, Juan Pablo, “Medidas relativas a los animales de compañía en los procesos de ruptura de pareja (Parte I)”, op. cit.

- El art. 771.1.2 LEC habla de la posibilidad de acordar medidas provisionales inaudita parte respecto a la “convivencia y necesidades” del animal de compañía y lógicamente la manera de repartir las cargas asociadas al cuidado del animal es una manera de fijar como se van a satisfacer las necesidades materiales (comida, medicación, veterinario, etc.) de dicha mascota. Luego si se permite la adopción de las medidas provisionales inaudita parte, al respecto, debe permitirse con audiencia de la parte contraria.

- En el art. 91.1 Ccivil señala que el juez acordará las medidas que han de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad al “destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio” y, lógicamente, entre tales cargas del matrimonio que se pudieron regular de forma provisional según dicho artículo también se incluyen las destinadas a satisfacer los animales de la familia.

3º A la hora de decidir sobre el cuidado del animal, repartos de tiempo de convivencia y cargas asociadas al cuidado del animal deben seguirse los mismos criterios anteriormente señalados para las medidas definitivas. De hecho, el art. 103 Ccivil indica que se tomará la decisión sobre las medidas provisionales relativas al animal doméstico “atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal”.

## VII. ¿QUÉ PASA CON LAS PAREJAS DE HECHO?

A día de hoy no existe una regulación estatal de las parejas o uniones de hecho en el Código civil ni en otra ley especial estatal. Ello, sin duda, ha determinado que el principal olvido o carencia de la LRJA ha sido que no haya previsto nada respecto al destino de los animales en el caso de rupturas de parejas de hecho.

No obstante, la propia Exposición de Motivos de la LRJA, señala que “la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes, principio que debe presidir la interpretación de todo el ordenamiento”. Luego, parece que dicha LRJA ha introducido un principio general del derecho consistente en que los animales son seres sintientes y que los tribunales deben tomar las decisiones sobre a quién entregar el cuidado animal atendiendo a su bienestar.

Por tanto, dicho principio no se nos puede olvidar en el caso de los animales de compañía de las parejas de hecho. De hecho, la finalidad protectora o tuitiva que se pretende conseguir con el cuidado de ese lazo afectivo entre seres humanos y animales, que ha nacido fruto de la convivencia de los mismos como familia, ocurre tanto en supuestos de matrimonio como de pareja de hecho. Es más, desde el punto de vista del bienestar animal resulta absolutamente irrelevante si sus propietarios están casados o no, pues el afecto que la mascota siente por ambos propietarios es ajeno al régimen legal de la pareja, el cual, por ende, el animal es

incapaz de percibir.<sup>20</sup>

No obstante, en cuanto al cauce procesal para alcanzar dicha protección, debemos, a nuestro juicio, distinguir si se trata de parejas de hecho con hijos menores de edad.

### Parejas con hijos menores de edad

El art. 748.4 LEC incluye entre los procesos especiales de familia que regula el Libro IV de la LEC “los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”. Por ello, si se sigue algún procedimiento de familia de los arts. 769 y ss LEC de medidas paternofiliales respecto a hijos menores habidos fuera del matrimonio ( mutuo acuerdo, contencioso, medidas provisionales o de modificación de medidas), a nuestro juicio, no existirá problemas que se aborden en el seno de los mismos las cuestiones relativas al destino, cuidado y cargas asociadas al cuidado de los animales o se apruebe en su caso, los acuerdos alcanzados al respecto por los cónyuges en el convenio regulador. Además, los criterios para decidir tales cuestiones son los mismos que los señalados en los procesos matrimoniales. Y ello, por el principio indicado de tutela necesaria del bienestar animal, por el interés de los menores afectados y por el principio de protección de cualquier tipo de familia

<sup>20</sup> De tal opinión, Vázquez Muiña, Tania. “Animales y crisis de pareja. el régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita”, *Actualidad Civil* n° 12, Diciembre de 2021, La Ley 13293/2021

que marca nuestra Constitución.

### **Parejas sin hijos menores de edad.**

- No existe una previsión legal en la LEC que permita tramitar por los cauces de los procesos especiales de familia de los arts. 769 y ss LEC las cuestiones que versen exclusivamente sobre animales domésticos en caso de ruptura de parejas de hecho si no existen hijos menores de edad.

- Ello no debe impedir que los acuerdos alcanzados entre los miembros de las parejas de hecho sobre el destino de los animales sean válidos en base al principio de libertad de pactos contenido en el art. 1.255 del Código Civil si se respeta el principio del bienestar animal y puedan ser elevados a escritura pública. En caso de incumplimiento de dichos acuerdos, podría acudir a reclamar el cumplimiento de los mismos a través del proceso declarativo que corresponda.

Si no hay acuerdo entre los cónyuges, debemos tener presente que la LRJA introduce los párrafos 2 y 3 del art. 404 Ccivil en sede de división de cosa común. Dichos párrafos preceptúan que: “En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los condueños.

A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado”. Luego,

si la titularidad del animal de compañía pertenece a ambos miembros de la pareja, pueden ejercer la acción de división de cosa común por el proceso declarativo que corresponda. Como vemos en estos casos, los criterios de decisión son los mismos indicados anteriormente para el caso de los matrimoniales.

El problema radicará en los casos de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges sin hijos comunes. Sin embargo, pese a no estar expresamente previsto, en tales casos el principio de bienestar animal deberá permitir, a nuestro juicio, plantear en el proceso declarativo pertinente la posibilidad de reparto de cuidado o convivencia con el animal incluso por el no titular aplicando por analogía el mencionado precepto 404 Ccivil y las normas previstas para los procesos matrimoniales. Ahora bien, tal supuesto, sin duda, será el que arrojará más diferencia de trato en la jurisprudencia futura, poniendo de manifiesto un fleco sin resolver en la reciente reforma.

### **VIII. INFLUENCIA DEL MALTRATO ANIMAL EN LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE CUSTODIA DE HIJOS MENORES**

En materia de familia esta nueva Ley 17/2021 adopta un nuevo criterio que tendrá que valorar el Juez al establecer la forma de custodia de los hijos menores. El art. 92 CC señala en su apartado 7º que “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad

física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.

El Juez deberá observar, al valorar la procedencia o no de la custodia conjunta, si alguno de los padres incurriere en malos tratos a animales o amenace con causárselos.

La nueva regulación no sólo limita la posibilidad de no establecer el régimen de custodia compartida cuando el progenitor haya sido condenado o tenga un proceso abierto por maltrato a un animal, sino que de manera amplia el legislador otorga facultad al Juez para limitar esa posibilidad aún cuando sin haber un procedimiento de maltrato abierto o finalizado, existan amenazas de causar ese maltrato animal como método de coacción a su pareja, superponiendo en todo caso el bienestar del animal y el interés supremo del menor.

De esta forma, si el progenitor que interese la custodia compartida ha maltratado, maltrata, o amenaza con hacerlo a un animal de compañía como medio para controlar o victimizar a los hijos o al otro miembro de la pareja, será motivo suficiente para negársela.

Al igual que en la violencia vicaria un progenitor utiliza a un hijo para hacer daño a su pareja, en el ámbito del maltrato animal, uno de los miembros de la pareja utiliza el daño a la mascota para intimidar y controlar a los menores o miembros de la familia especialmente vulnerables.

Se utiliza el maltrato, o la amenaza de maltrato, como arma para silenciar a las víctimas de abusos o malos tratos, ya los hayan sufrido, los estén sufriendo, o los hubieran presenciado, como instrumento para dañar psicológicamente a la pareja, como mecanismo de coacción y control hacia la víctima, o como venganza. En definitiva, se busca atentar contra la relación de afectividad que el miembro de la familia más vulnerable tiene con su mascota para conseguir un fin.

Este tipo de violencia intrafamiliar que puede consistir, tanto en un maltrato físico hacia la mascota, como en un maltrato psicológico hacia el resto de los miembros de la familia cuando se amenaza con el maltrato al animal, es motivo de denegación de la guarda conjunta de los hijos menores a aquél que lo utiliza.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

Cerdeira Bravo de Mansilla, Guillermo, “Entre personas y cosas: ¿Un nuevo derecho para los animales?”, Diario la Ley nº 9853, 19 de mayo de 2018.

Gea, Patricia, “Los animales ya tiene derecho a la custodia compartida, pero no en todas las familias”, en [www.eldiario.es](http://www.eldiario.es) , 17 de

diciembre de 2021, (consultado el 13 de abril de 2022). Disponible en [https://www.eldiario.es/nidos/animales-derecho-custodia-compartida-no-familias\\_1\\_8590296.html](https://www.eldiario.es/nidos/animales-derecho-custodia-compartida-no-familias_1_8590296.html)

Giménez-Candela, Marita, “Estatuto jurídico de los animales en el Código civil. La esperada descosificación animal”, dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 2021, vol. 12/2 pp.7-22

González del Pozo, Juan Pablo, “Medidas relativas a los animales de compañía en los procesos de ruptura de pareja (Parte I)”, Revista de Derecho de Familia nº 106, abril 2002 en [www.revistas.lefebvre.es](http://www.revistas.lefebvre.es), consultable en la siguiente dirección: <https://revistas.lefebvre.es/revista-de-derecho-de-familia/tribunas> (consultado el 20 de abril de 2022)

Jarque, Jordi, “El vínculo afectivo con los animales”. En [www.lavanguardia.com](http://www.lavanguardia.com) , 22/11/2013 (consultado el 13 de abril de 2022). Disponible en <https://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20131122/54393704768/el-vinculo-afectivo-con-los-animales.html>

Sillero Crovetto, Blanca, “Animales de compañía y crisis matrimoniales: marco normativo y decisiones judiciales”, Diario la Ley, nº 9532, 5 de diciembre de 2019.

Vázquez Muiña, Tania. “Animales y crisis de pareja. el régimen de la comunidad de bienes y el derecho de visita”, Actualidad Civil nº 12, Diciembre de 2021, La Ley 13293/2021



# ¿ES INCONSTITUCIONAL LA PROHIBICIÓN DE CUSTODIA COMPARTIDA DEL ARTÍCULO 92.7 DEL CÓDIGO CIVIL?

Jorge L. Fernández Vaquero

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jerez de la Frontera

## SUMARIO:

- I. EL CASO
- II. LA NORMA
- III. PRIMERA DUDA
- IV. SEGUNDA DUDA
- V. ESTADO DE LA CUESTIÓN

**RESUMEN:** El artículo 92.7 del Código Civil prohíbe la custodia compartida cuando alguno de los progenitores está incurso en un proceso penal relacionado con la violencia doméstica. La norma persigue ante todo proteger el interés superior de los menores, que se considera incompatible con aquel supuesto. Sin embargo, en el caso aquí comentado las circunstancias concurrentes indicaban que la custodia compartida era, precisamente, el sistema más adecuado para los hijos menores afectados por la decisión. Teniendo en cuenta que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, llamado a ser concretado por el juez en cada caso particular, así como que la prohibición de la custodia compartida limita el derecho a la vida privada y familiar de los progenitores y los menores, la constitucionalidad del precepto ha sido sometida al Tribunal

## Constitucional (asunto 4701-2020).

**ABSTRACT:** Article 92.7 Civil Code prescribes the ban on shared parenting when any of the parents is involved in criminal proceedings regarding domestic violence. The aim of the law is to preserve the best interest of the child, which is regarded as incompatible with such a situation. However, in the circumstances of the case here considered shared parenting appeared to be the best decision for the children's sake. Taking into account that the best interest of the child is an undefined legal concept that must be fulfilled by the judge in the instant case, and considering that the ban on shared custody interferes with the right to respect for private and family life of both parents and children, the decision about the constitutionality of the law has been referred to the Constitutional Court (case 4701-2020)

**PALABRAS CLAVE:** Cuestión de inconstitucionalidad; custodia compartida; violencia doméstica; interés superior del menor; derecho a la vida privada y familiar.

**KEYWORDS:** Exception of unconstitutionality; shared parenting; domestic violence; best interest of the child; right to respect for private and

family life.

## I. EL CASO

¿Qué sucede cuándo, al dictar una sentencia de divorcio, el juez considera que las circunstancias del caso aconsejan el establecimiento de un régimen de custodia compartida y, sin embargo, el legislador ha prohibido sin excepciones aquella forma de custodia atendiendo a la existencia de un proceso penal en curso relacionado con la violencia doméstica? ¿Prevalece en esos casos la determinación en abstracto del interés superior del menor que ha hecho el legislador o, por el contrario, es el criterio judicial el llamado a concretar el interés de ese menor en particular?

Esta es, en esencia, la pregunta que tuve que hacerme en el mes de septiembre de 2020, al resolver un procedimiento de divorcio en el que los progenitores sometieron a mi consideración en el acto de la vista un acuerdo para establecer un régimen de custodia compartida que, efectivamente, las circunstancias del caso parecían aconsejar, pero que contravenía la prohibición establecida en el artículo 92.7, inciso primero, del Código civil, puesto que padre y madre tenían en ese momento la condición de investigados en un proceso penal en fase de instrucción seguido por posibles delitos relacionados con la violencia doméstica y de género.

## II. LA NORMA

En la redacción del precepto en aquella fecha – procedente de la Ley 15/2005, de 8 de julio, y coincidente en lo sustancial

con la versión vigente a día de hoy – se prohibía la custodia compartida <cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos>. Los antecedentes legislativos de esta prohibición, así como la literalidad y ubicación sistemática del precepto apuntaban a la naturaleza absoluta de la prohibición si se daba el supuesto de hecho consistente en la existencia de un proceso penal por alguno de los delitos indicados en el que cualquiera de los progenitores estuviera *incurso*. Tampoco podía prescindirse de la norma prohibitiva acudiendo al criterio del interés superior del menor porque el mandato de proteger dicho interés, recogido en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 39 de la Constitución, se dirige a todos los poderes públicos – también al legislador –, pero no permite a ninguno de ellos traspasar el ámbito de sus atribuciones constitucionalmente definidas.

## III. PRIMERA DUDA

La finalidad primaria de la prohibición de custodia compartida establecida en el inciso primero del artículo 92.7 parecía ser la tutela del interés superior del menor y así había sido interpretado por el Tribunal Supremo (sentencias de 4 de febrero de 2016, 26 de mayo de 2016 o 7 de junio de 2018). Sin embargo, el interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado

y de carácter dinámico, que debe ser concretado en cada caso por referencia a las circunstancias particulares de cada menor (STS de 17 de julio de 2020; STC 64/2019), lo que remite a la esencia de la función jurisdiccional. Así lo reconoce el ordenamiento cuando, especialmente en Derecho de Familia, ordena al juez tomar un buen número de decisiones relativas al menor basándose en su beneficio en el caso concreto.

En este asunto, el artículo 92.7 prohibía la custodia compartida en todo caso a pesar de que, valorando las circunstancias concurrentes, el interés superior de los hijos menores aconsejaba precisamente aquella forma de custodia. A mi juicio, esto solo era posible porque el diseño de la norma era inadecuado para lograr el objetivo de tutelar el interés preferente del menor. En efecto, por una parte, el artículo 92.7 prohibía la custodia compartida pero no la exclusiva del progenitor incurso en el proceso penal. Y, por otra parte, el precepto no contemplaba ninguna excepción que permitiera que, en casos como el que yo debía resolver, se pudiera acordar la custodia compartida si ello se revelaba como lo más conveniente para el menor afectado.

En definitiva, el artículo 92.7 no satisfacía el interés superior del menor ni en abstracto ni en concreto, lo que me llevaba a dudar de su conformidad con el mandato constitucional de proteger el interés superior del menor (artículo 39, apartados 2 y 4, de la Constitución). Y si el precepto no salvaguardaba el interés superior del menor, cualquier

otra finalidad de la norma – como pudiera ser la protección de las víctimas de violencia doméstica – decaía, ya que aquel interés es preferente en caso de conflicto (STEDH de 8 de julio de 2003, Sahin; STC 185/2012; artículo 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996). Lo cual no implicaba dejar desprotegidas a aquellas víctimas, ya que el ordenamiento ofrece soluciones flexibles para adaptar esa protección a sus circunstancias concretas (artículos 544 bis y ter Lecrim y 61 a 69 de la Ley Orgánica 1/2004, básicamente).

#### IV. SEGUNDA DUDA

Además, la prohibición de la custodia compartida en los casos previstos en el artículo 92.7 implicaba una interferencia en el derecho a la vida privada y familiar de los progenitores y de los menores afectados.

La vida privada está protegida en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y goza de tutela constitucional merced al reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (artículo 10.1 de la Constitución). De estos preceptos resulta un principio general de libertad de autodeterminación en la esfera de desarrollo de la propia personalidad que solo puede ser restringida en la medida necesaria para salvaguardar otros principios y derechos constitucionales (SSTC 93/2013, 132/2019 y 81/2020). La proyección de la paternidad y la maternidad, manifestada en el modo en que se desempeñan las responsabilidades hacia los hijos, forma parte de ese

núcleo de libertad, como demuestran los numerosos preceptos del Derecho de Familia que priorizan la voluntad de los progenitores, siempre que no perjudiquen a los hijos menores (artículos 90.2, 91, 103 o 159 del Código civil, por ejemplo). En cuanto a la vida familiar, también está protegida en el artículo 8 CEDH y, a través de los artículos 10.1, 39.1 y 39.4, goza de tutela constitucional (SSTC 131/2016 y 186/2013). La esencia de la vida familiar es la convivencia o, al menos, el mantenimiento de las relaciones entre progenitores e hijos con la mayor amplitud que las circunstancias permitan, atendiendo de manera proporcionada al interés del menor y de los progenitores (SSTEDH de 13 de junio de 1979, Maeckx; de 24 de marzo de 1988, Olsson; de 19 de septiembre de 2000, Gnaoré; o de 6 de julio de 2010, Neulinger, por ejemplo).

Tanto la libertad de desarrollo de la vida familiar de progenitores e hijos como la libertad de autodeterminación de los primeros a la hora de decidir cómo desempeñar sus responsabilidades para con los segundos quedaban limitadas por la prohibición del artículo 92.7, inciso primero. En la medida en que ese precepto, sin embargo, no tutelaba adecuadamente el interés superior del menor, tal limitación no podía considerarse proporcionada.

En efecto, el artículo 92.7 constituía un obstáculo para la satisfacción del

interés del menor en casos como el que yo debía resolver; y, por el contrario, no garantizaba que el menor fuera apartado de un peligro, ya que no impedía que quedara bajo la custodia del progenitor incurso en el proceso penal. No era una medida, por ello, adecuada.

Tampoco era necesaria porque, para tutelar el interés del menor, el mismo resultado podía lograrse estableciendo una excepción que permitiera adoptar la custodia compartida cuando las circunstancias concretas del caso lo aconsejasen.

## **V. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Los anteriores argumentos me llevaron a elevar la cuestión de inconstitucionalidad por la posible contradicción del inciso primero del artículo 92.7 con el principio del interés superior del menor (artículo 39.2 y 4) y con el principio del libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida privada y familiar (artículo 10.1, en relación con el artículo 8 CEDH). El 15 de diciembre de 2020 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite y se reservó para sí el conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que a día de hoy haya sido resuelta. Cuando lo sea, espero que queden despejadas las dudas fundamentales con las que comenzaba este texto.

# RESÚMEN DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE EN MATERIA DE FAMILIA EN EL AÑO 2021

Susana Jiménez Bautista

Magistrada. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Jose Antonio Baena Sierra

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (Málaga)

## SUMARIO

- I.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO
- II.- CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR
- III.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR
- IV.- COMPENSACIÓN DE PENSIONES YA DEVENGADAS Y DE OTRAS DEUDAS ENTRE LOS CÓNYUGES
- V.- NO PUEDE PRESCINDIRSE DE LA EXPLORACIÓN DEL MENOR EN MATERIAS QUE LE AFECTAN
- VI.- CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA
- VII.- RETROACTIVIDAD DE RESOLUCIÓN DICTADA POR LA SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE PENSIONES
- VIII.- NUEVO RÉGIMEN DE PROVISIÓN DE APOYOS INTRODUCIDO POR LEY 8/2021

**RESUMEN:** En el presente trabajo los autores realizan una crónica de la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo en materia de derecho de familia durante el pasado año 2021.

**ABSTRACT:** *In the present work the authors chronicle the most relevant jurisprudence of the Supreme Court in matters of family law during the past*

*year 2021*

**PALABRAS CLAVES:** custodia compartida, violencia de género, vivienda familiar, compensación de pensiones, exploración del menor, pensión compensatoria, retroactividad, medidas de apoyo.

**KEY WORDS:** *joint custody, gender violence, family housing, compensation of debts, child exploration, compensatory pension, retroactivity, support measures*

## CRÓNICA JURISPRUDENCIAL 2021

Durante el año 2021, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre algunas cuestiones relevantes relacionadas con el derecho de familia. Hemos destacado las siguientes:

### I.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

[SSTS de 29 de marzo de 2021 \(Roj: STS 1226/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1226\)](#) y de [31 de mayo de 2021 \(Roj: STS 2255/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2255\)](#)

Con anterioridad a la reforma introducida en el artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021 de 2

de junio, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en relación a la incompatibilidad de actos de violencia de género con un régimen de custodia compartida. En la [STS 175/2021 de 29 de marzo](#) coexistía una sentencia del Juzgado de lo Penal, que establecía un orden de alejamiento y la resolución de la Audiencia de origen, que fijaba un sistema de custodia compartida. El Alto Tribunal considera incompatible una situación de violencia de género con este régimen de guarda y custodia, ya que en el caso examinado no se trataban de desencuentros propios de una crisis matrimonial, o excesos verbales puntuales o aislados, sino de un patrón de conducta prolongado en el tiempo que convierten en inviable un sistema que exige un alto grado de colaboración entre los progenitores.

Por su parte, la [STS 372/2021 de 31 de mayo](#) deja sin efecto una guarda y custodia compartida ya acordada de mutuo acuerdo, en base a los mismos argumentos. El dato de interés en este caso estriba en el hecho de que quien interpone el recurso es el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses del menor, al haberse aquietado las partes al sistema de custodia.

## II.- CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

[STS de 19 de mayo de 2021 \(Roj: STS 2163/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2163\)](#)

No siempre está claro qué se considera vivienda familiar. En esta sentencia se analiza un caso de una vivienda privativa

cedida para uso del otro progenitor. Lo resuelve en su FJ Segundo:

“En el recurso se alega que la vivienda que ocupan el padre y el hijo, no es una «vivienda familiar» strictu sensu, sino una vivienda privativa de la madre, que durante un tiempo cedió al padre.

Esta sala debe declarar que en la sentencia recurrida se la considera vivienda familiar, porque en ella viven el padre y el hijo, sin embargo, es un concepto no controvertido en la doctrina jurisprudencial que conforme al art. 96 del C. Civil, vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijo(s), hasta la ruptura del matrimonio (sentencias 42/2017, de 23 de enero y 517/2017, de 22 de septiembre).

A la vista de lo expuesto, debemos casar la sentencia recurrida en cuanto en la sentencia de apelación atribuye al padre la vivienda de Sebastián Elcano núm. 2 de Palencia, cual si fuese familiar, cuando no lo era, dado que la que fue vivienda familiar estaba en calle Valdivia 18, también privativa de la demandante y en la que esta reside en la actualidad. Tampoco puede considerarse un acto propio vinculante la cesión temporal de la vivienda de la calle Sebastián Elcano a su marido dado que, como liberalidad que fue, se puso término a la misma en virtud de demanda de desahucio”

## III.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SSTS de [22 de junio de 2021 \(Roj: STS 2550/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2550\)](#) y de [20 de diciembre de 2021 \(Roj: STS](#)

[4950/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4950](#)

**En estas dos sentencias se abordan determinadas cuestiones relativas a la vivienda que fue familiar. Con anterioridad a la reforma del artículo 96 introducida por la Ley 8/2021, en la STS 438/2021 de 22 de junio se analizan los criterios para su atribución a uno u otro progenitor. Su FJ Tercero recoge lo siguiente:**

“Sobre la cuestión debatida en el recurso esta Sala ha recogido la doctrina jurisprudencial al respecto, en la sentencia 558/2020, de 26 de octubre, en la que proclamamos:

«Nuestro Código Civil no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guardia y custodia compartida, produciéndose, en consecuencia, un vacío normativo que es necesario cubrir por exigencias derivadas del principio non liquet (art. 1.7 CC) y la tutela de los derechos e intereses legítimos de los litigantes e hijos (art. 24 CE).(...)

A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas), que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes

en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

En cualquier caso, es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa cuando señala, para tales casos, que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en concurso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador. No obstante, la falta de concreción de tal criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia, en cumplimiento de su función, a fijar los elementos a valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad.

Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: “[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece

a un tercero” (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio entre otras).

De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, con cita de otra jurisprudencia)”.

En este caso, no es aplicable ninguno de los criterios de atribución referidos: la casa es ganancial, propiedad de ambos, y los dos tienen capacidad económica para proveerse de vivienda. Así que el Alto Tribunal resuelve no atribuir el hogar familiar a ninguno de los progenitores, manteniendo el statu quo de manera temporal respetando la manera interesada por el propio recurrente hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide dicho bien, lo que conforma una limitación temporal en el uso que posibilita el tránsito ordenado a la nueva situación.”

En la STS 870/2021 de 20 de diciembre la cuestión debatida es la idoneidad del sistema de “casa nido”, adoptado por la sentencia de origen. La Sala recela de

la solución adoptada, y tras hacer un repaso de los sistemas posibles, revoca la resolución de la Audiencia. Lo explica en su FJ Tercero:

«[...] el recurso queda circunscrito a la forma de atribución del uso de la vivienda familiar, que adquiere especiales connotaciones en casos como el presente, ante las distintas modalidades de atribución susceptibles de ser adoptadas, tales como:

(i) Custodia compartida simultánea, en supuestos excepcionales en que los hijos conviven con sus padres en la misma casa, cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble.

(ii) Custodia compartida a tiempo parcial, en que los hijos permanecen en el que fue domicilio familiar, siendo los padres quienes periódicamente lo abandonan cuando la custodia corresponde al otro progenitor. Es el modelo denominado de «casa nido», adoptado por la sentencia recurrida.

(iii) Custodia compartida a tiempo parcial, con cambio de residencia de los hijos, que se ha descrito gráficamente con la expresión de “niños mochila”, en el que son los menores quienes periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres.

(iv) Custodia compartida, en la que la distribución del tiempo de convivencia no es igualitario con respecto a los padres, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que

condicionan la viabilidad de la custodia común.

(v) A su vez los sistemas referidos admiten distintas fórmulas, en relación a los periodos temporales en que se lleva a efecto el cambio de custodia, siendo el más habitual el semanal, aunque caben otras modalidades temporales de intercambio: diario, quincenal, mensual etc.

En el caso presente, nos encontramos ante la idoneidad cuestionada del modelo de casa nido fijado por la Audiencia, que constituye una fórmula viable que, sin embargo, contiene importantes dificultades para su adopción, en tanto en cuanto requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia.

En definitiva, implica una fórmula de economía colaborativa, que deberá contar con la adhesión de los progenitores, que quieran y puedan atender a las exigencias que implica su puesta en marcha, lo que requiere la existencia de un buen «coparenting» -relaciones de los padres entre sí-. Todo ello, además, con el requisito de contar con una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos, que exige la adopción de este concreto patrón de decisión.

El fracaso de una medida de tal clase lesionaría el interés y beneficio de los menores, en cuanto a su estabilidad y satisfacción de sus necesidades.

Es por ello que, dadas las dificultades expuestas, la jurisprudencia se muestra reticente a la adopción de una solución de tal clase, toda vez que implica contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica, y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, que conlleva a que se descarte su adopción en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio.

Pues bien, bajo las connotaciones expuestas, el recurso de la madre debe ser estimado, máxime cuando alega carecer de capacidad económica suficiente para sufragar los gastos de dos viviendas, la que fue en su día familiar y la propia para cubrir sus necesidades individuales de habitación, así como tampoco existe una buena predisposición constatada de los litigantes para participar en la gestión que implica el mantenimiento y cuidado de la vivienda común de uso temporal asignado».

#### **IV.- COMPENSACIÓN DE PENSIONES YA DEVENGADAS Y DE OTRAS DEUDAS ENTRE LOS CÓNYUGES**

[STS de 7 de junio de 2021 \(Roj: STS 2329/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2329\)](#)

El recurso tiene su origen en un litigio en el que, tras el divorcio, el exesposo reclama las cantidades cobradas por la exesposa como rentas por el arrendamiento de un local que le pertenecía a él y que fue alquilado por ella a un tercero. La demandada opone la compensación de las cantidades impagadas por el esposo en concepto de alimentos de la hija menor. Se declara que la sentencia recurrida, al admitir la compensación de las cantidades a las que el padre estaba condenado a abonar a la madre en virtud de la sentencia penal, ni infringe los artículos 151 y 1200 CC ni es contraria a la doctrina de la sala. Así lo indica en su FJ Tercero:

“Es evidente cuál es el sentido que tiene la exclusión legal de la compensación respecto de las deudas de alimentos. Puesto que se trata de cubrir las necesidades de quien tiene derecho de alimentos, de lo que se trata es de impedir que el alimentante se niegue a prestarlos mediante el mecanismo de la compensación. Es claro que a las pensiones no vencidas no podría oponérsele la compensación por faltar el requisito de la exigibilidad (art. 1196 CC) y parece razonable que el deudor de alimentos no pueda oponer la compensación de lo que deba en concepto de alimentos con otro crédito que ostente contra el alimentista. Pero también es claro que, frente a la reclamación por el alimentante frente al alimentista de cantidades debidas por este último al primero, el alimentista sí puede negarse a pagar oponiendo la compensación de lo que a su vez le deba el alimentante por alimentos.

Es decir, el alimentante no puede oponer la compensación (art. 1200.II CC), pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. Quien puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas, o el derecho a reclamarlas, puede también oponerlas en compensación (art. 151 CC). Esto es lo que sucede en el caso, en el que frente a la reclamación de la deuda por parte del demandante, la demandada invoca la compensación de lo que este debe por alimentos, por lo que no sería de aplicación la denominada «prohibición» de compensación de alimentos”.

#### **V.- NO PUEDE PRESCINDIRSE DE LA EXPLORACIÓN DEL MENOR EN MATERIAS QUE LE AFECTAN**

SSTS de [19 de julio de 2021 \(Roj: STS 3028/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3028\)](#) y de [27 de julio de 2021 \(Roj: STS 3299/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3299\)](#)

En estas dos sentencias, el Alto Tribunal devuelve las actuaciones a las Audiencias de origen por no haberse practicado la exploración del menor en procedimientos que directamente les afectan.

En la [STS 548/2021 de 19 de julio](#) se estima el recurso extraordinario por infracción procesal al observarse que, en sede de apelación, incongruentemente, se declara que el menor no ha sido oído, y sin embargo, no se acuerda de oficio, por lo que anula la sentencia de segunda instancia para que la Audiencia practique la prueba y resuelva en consecuencia.

En la STS 577/2021 de 27 de julio se estima el recurso de casación, con el mismo efecto de devolver los autos a la sala de apelación y en su FJ Segundo, apartado 4.2, establece lo siguiente:

“Nosotros nos hemos ocupado de la “audiencia”, “exploración” o “derecho a ser oído” del menor, entre otras, en las sentencias 413/2014, de 20 de octubre, 157/2017, de 7 de marzo, 578/2017, de 25 de octubre, 18/2018, de 15 de enero, 648/2020, de 30 de noviembre y 548/2021, de 19 de julio). De ellas cabe extraer a modo de líneas directrices, y por lo que ahora interesa, las dos siguientes premisas: (i) la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescindiera de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada.

En el presente caso, ni se ha oído a los menores ni se ha resuelto de forma motivada sobre su audiencia. Es cierto,

que ninguna de las partes la solicitó. Ni en primera ni en segunda instancia. Pero que no lo hicieran no implicaba que no hubiera que practicarla.

Conforme a la jurisprudencia citada debía haberse acordado de oficio o, en otro caso, y a la vista de la edad de los menores, haberse descartado, pero motivando que no procedía llevarla a cabo, bien por no resultar necesaria al carecer los menores de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

La sentencia recurrida se ha dictado sin que nada de lo anterior se haya hecho. Por lo tanto, se han quebrantado las normas legales contenidas en los preceptos que el recurso cita como infringidos; desatendido la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos; y vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.».

## **VI.- CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA**

SSTS de 23 de noviembre de 2021 (Roj: STS 4264/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4264) y de 25 de noviembre de 2021 (Roj: STS 4269/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4269)

En dos resoluciones de signo distinto el Tribunal Supremo determina los criterios para establecer la duración de la pensión compensatoria. En la STS 807/2021 de 23 de noviembre revoca la dictada por la Audiencia Provincial, que había establecido un límite temporal, y extiende la pensión de manera indefinida. Lo explica en su FJ Segundo.2:

“La fijación de la precitada pensión con límite temporal exige constatar la concurrencia de una situación de idoneidad, que permita al cónyuge beneficiario superar el desequilibrio económico sufrido transcurrido un concreto periodo de tiempo; o dicho de otra forma que, con ello, no se resienta la función de restablecer el equilibrio, que es consustancial a la fijación de una pensión de tal naturaleza, conforme a lo dispuesto en el art. 97 CC. A tales efectos, es preciso que los tribunales realicen un juicio prospectivo a fin de explorar o predecir las posibilidades de que, en un concreto plazo de tiempo, desaparezca el desequilibrio existente, al poder contar el beneficiario con recursos económicos propios que eliminen la situación preexistente. Se trata, en definitiva, de un juicio circunstancial y prudente, que deberá llevarse a efecto con altos índices de probabilidad, que se alejen de lo que se ha denominado mero futurismo o adivinación.

En el sentido expuesto, es jurisprudencia consolidada de esta Sala, explicitada, entre otras, en las sentencias 304/2016, de 11 de mayo; 153/2018, de 15 de marzo; 692/2018, de 11 de diciembre; 598/2019, de 7 de noviembre; 120/2020, de 20 de febrero; 245/2020, de 3 de junio y 418/2020, de 13 de julio, la que sostiene que:

1) El establecimiento de un límite temporal en las pensiones compensatorias depende de que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, cuya apreciación obliga a tomar en consideración las específicas

circunstancias concurrentes en cada caso.

2) Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el art. 97 del CC.

3) En tal función, los tribunales deben ponderar, como pauta resolutive, la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo determinado, y alcanzar, de esta forma, la convicción de que no es preciso prolongar más allá el límite temporal establecido.

4) Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto, con prudencia y con criterios de certidumbre o potencialidad real, determinada por altos índices de probabilidad.

5) El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio.

6) La fijación de una pensión, como indefinida en el tiempo, no impide se deje sin efecto o que sea revisable por alteración de fortuna y circunstancias en los supuestos de los arts. 100 y 101 del CC.”

En este caso se valora la edad de la esposa (61 años y su escasa capacidad para acceder al mercado laboral, por lo que se establece una pensión indefinida, Todo ello, sin perjuicio, que de incorporarse al mundo laboral, ser perceptora de una pensión de jubilación, o darse alguna de las circunstancias del art. 101 del CC, dicha pensión pueda ser revisada o dejada sin efecto (sentencias de 2 de junio de 2015, rec. 507/2014; 245/2020, de 3 de junio y

418/2020, de 13 de julio).

De sentido totalmente contrario, la STS 810/2021 de 25 de noviembre revoca otra sentencia de segunda instancia que establecía una pensión compensatoria indefinida y la convierte en temporal. En este caso se valora las posibilidades de la esposa de acceder al mercado laboral, pero sobre todo, se toma en consideración el hecho de que disponga de medios económicos procedentes de la liquidación de bienes del matrimonio, como indica el FJ Séptimo:

El establecimiento de un límite temporal cuando se valore ex ante la posibilidad de que pueda reestablecerse el equilibrio exige tomar en consideración, entre otros, los factores que enumera el art. 97 CC, y que esta sala no ha considerado una lista cerrada.

La sentencia del pleno 864/2010, de 19 de enero, sentó como doctrina que uno de los factores que debe tenerse en cuenta en la aplicación del art. 97 CC, entre otros parámetros, es el de «el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior». Esta doctrina fue seguida por la sentencia 856/2011, de 24 de noviembre, que, en atención a la situación económica de la mujer tras la partición de los bienes gananciales, consideró que procedía tanto la rebaja como la limitación temporal de la pensión que previamente se había fijado en el procedimiento de separación. Posteriormente, la sentencia 217/2017, de 4 de abril, atendiendo a la adjudicación de bienes en la liquidación de gananciales, consideró procedente la

modificación de la cuantía de la pensión. En otras sentencias también se ha tenido en cuenta la adjudicación de bienes en la liquidación del régimen económico a la hora de fijar la cuantía y límite temporal de la pensión (sentencia 575/2019, de 5 de noviembre) o incluso para acordar su extinción por considerar que de esa forma cesaba la situación de desequilibrio que había motivado la pensión compensatoria (sentencia 76/2018, de 14 de febrero). Es la falta de datos fiables aportados en el procedimiento de divorcio acerca de cómo se verá afectada la economía de la beneficiaria de la pensión tras la liquidación del régimen económico matrimonial y, por tanto, la incertidumbre sobre la superación de su desequilibrio, la razón que explica que, en ocasiones, no se hayan tenido en cuenta alegaciones genéricas sobre la futura liquidación del régimen bien para cuantificar bien para limitar temporalmente la pensión (sentencias 304/2016, de 16 de mayo, 245/2020, de 3 de junio, y 18/2020, 13 julio). De la misma manera que se ha considerado irrelevante la liquidación del régimen de gananciales a efectos de apreciar una modificación de circunstancias que permitiera modificar o extinguir la pensión cuando ya se tuvo en cuenta el patrimonio existente en el momento de fijarla junto a otros datos, como la absoluta falta de cualificación profesional de la esposa (sentencia 548/2018, de 17 de octubre).

En este caso el matrimonio había durado 19 años, durante gran parte del cual la esposa había dejado de trabajar; no obstante, aun cuando se reconocía la existencia de desequilibrio, se valora por el Alto Tribunal que los cónyuges se

repartieron, producida la separación y antes de la presentación de la demanda de divorcio, algunos bienes, entre los que se encontraba el dinero de una cuenta bancaria, correspondiendo a la demandante una importante suma de dinero que equivaldría a un sueldo de más 4.000 euros mensuales durante 10 años, además de otros bienes pendientes de liquidar. Se toma en cuenta además que no se trata de una mujer de edad avanzada, carente de cualificación o formación; no ha colaborado nunca en la actividad laboral del marido; no padece enfermedades, no tiene una salud precaria o delicada ni ningún tipo de discapacidad. En el futuro tampoco se ve sujeta al cuidado de hijos con necesidades especiales, de modo que no resulta utópico que pueda prescindir de la pensión y obtener sus propios ingresos económicos, gestionar autónomamente sus oportunidades e independizarse económicamente.

#### **VII.- RETROACTIVIDAD DE RESOLUCIÓN DICTADA POR LA SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE PENSIONES**

[STS de 8 de noviembre de 2021 \(Roj: STS 3703/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3703\)](#)

La sentencia analiza los efectos retroactivos de una sentencia dictada en apelación que reduce la cuantía fijada en concepto de pensión compensatoria por la sentencia de primera instancia cuando no existe una resolución anterior. El Alto Tribunal declara en su FJ Quinto que, a diferencia de lo que sucede en un proceso de modificación de medidas ya acordadas,

donde sus efectos perduran hasta que otra sentencia fija otras nuevas (SSTS 674/2016 de 16 de noviembre y 453/2018 de 18 de julio), si se trata de la primera resolución,

«...Puesto que fue la sentencia de primera instancia la que declaró disuelto el matrimonio por divorcio, sin que existiera previa resolución que fijara compensación alguna, es a la fecha de la notificación de esa sentencia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria».

#### **VIII.- NUEVO RÉGIMEN DE PROVISIÓN DE APOYOS INTRODUCIDO POR LEY 8/2021**

[STS de 8 de septiembre de 2021 \(Roj: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276\)](#)

La STS 589/2021 de 8 de septiembre establece el régimen de provisión de apoyos aplicable a las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de 2 de junio. El recurso había sido interpuesto el declarado en primera y segunda instancia, incapacitado totalmente y a quien se nombró tutor. La sentencia, tras realizar un recorrido sobre las directrices establecidas por la reforma legal, fija los criterios que debe atender el juez y el alcance de las

medidas de apoyo que puede acordar, aun contra la oposición de la persona afectada. También determina que las medidas pueden aplicarse a todas las sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. En consecuencia, confirma las medidas de apoyo, si bien sustituyendo la tutela por la curatela. En el FJ Cuarto se indica lo siguiente:

«1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

La reforma ha suprimido la tutela

y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación «curatela» no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas.

»2. A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias». En segundo lugar, el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. Consecuentemente, el párrafo segundo del art. 269 CC prescribe que el juez debe precisar «los actos para los

que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo». No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. El párrafo tercero del art. 269 CC, al preverlo, remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: «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 que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad».

En tercer lugar, el art. 269 CC establece como límite al contenido de la curatela, que no podrá incluir la mera privación de derechos. Con ello la ley quiere evitar que la discapacidad pueda justificar directamente una privación de derechos, sin perjuicio de las limitaciones que puede

conllevar la medida de apoyo acordada, por eso habla de «mera privación de derechos».

«5. En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir

con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado. En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.