

CUADERNO DE FAMILIA

BOLETÍN JURÍDICO DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA
Nº 6 noviembre 2024



AJFV ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA

SUMARIO:

LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN UN PROCESO DE FAMILIA Y EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

Leticia Latorre Luna

NO DAR LA ESPALDA A NADIE.

Inmaculada Mengual Bernal

DERECHO ANIMAL. MAS ALLÁ DE LAS COSAS

Rodrigo Marcos Vian

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE TJUE, TC Y TS, MAS RELEVANTE EN DERECHO DE FAMILIA Y MEDIDAS DE APOYO CORRESPONDIENTE AL PRIMER SEMESTRE DE 2024

Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena Sierra

noviembre 2024

Cuaderno de familia

Boletín Jurídico de Infancia, Familia
y Capacidad de la Asociación Judicial
Francisco de Vitoria
ajfv@ajfv.es

Consejo Asesor

Andrés Martínez Arrieta
José Luis Seoane Spiegelberg
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
María Luz García Paredes
María Lourdes Arastey Sahún
Blanca Lozano Cutanda

Comité Editorial:

Alfonso Carlos Aliaga Casanova (Coord.)
Estrella María González Maroño
Susana Jiménez Bautista
José Antonio Baena Morales

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

03

LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN UN PROCESO DE
FAMILIA Y EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

por Leticia Latorre Luna

12

NO DAR LA ESPALDA A NADIE

por Inmaculada Mengual Bernal

15

DERECHO ANIMAL. MAS ALLÁ DE LAS COSAS

Por Rodrigo Marcos Vian

23

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE TJUE, TC Y TS, MAS RELEVANTE EN
DERECHO DE FAMILIA Y MEDIDAS DE APOYO CORRESPONDIENTE AL
PRIMER SEMESTRE DE 2024

Por Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena
Sierra

LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN UN PROCESO DE FAMILIA Y EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

THE ATTRIBUTION OF THE FAMILY HOME IN A FAMILY PROCESS AND IN THE BANKRUPTCY OF CREDITORS

Leticia Latorre Luna

Abogada socia – directora de Latorre Luna Abogados
Doctora en Derecho por la Universidad de Murcia

Fecha de remisión: 26/09/2024

Fecha aceptación: 14/11/2024

SUMARIO

I. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL PROCESO CONCURSAL SEGÚN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

II. LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES SE ENCUENTRA EN CONCURSO Y EXISTE UN PROCESO DE FAMILIA

III. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR HIPOTECADA EN LOS DIFERENTES REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES Y EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN:

En el presente trabajo, en primer lugar a modo introductorio se analizará el

tratamiento jurídico de la vivienda familiar cuando uno de los cónyuges se encuentre en declaración de concurso desde dos perspectivas diferentes: por un lado, cuando el concursado se encuentra casado en régimen de gananciales y, por otro lado, cuando el concursado se encuentra casado en régimen de separación de bienes. Posteriormente, el artículo se centrará en dar respuesta a las distintas cuestiones que pudieran suscitarse acerca de la vivienda familiar cuando uno de los cónyuges se encuentra en concurso y existe un proceso de familia. Por último, se analizará a su vez, la regulación jurídica de la vivienda familiar cuando se encuentre gravada con hipoteca según el régimen económico matrimonial y en caso de existir crisis matrimonial entre los cónyuges.

ABSTRACT:

In this paper, firstly, by way of introduction, the legal treatment of the family home when one of the spouses is in insolvency proceedings will be analysed from two different perspectives: on the one hand, when the insolvent party is married in community of property regime and, on the other hand, when the insolvent party is married in separation of property regime. Subsequently, the article will focus on answering the different questions that may arise regarding the family home when one of the spouses is in insolvency proceedings and there is a family proceeding. Finally, it will analyse the legal regulation of the family home when it is encumbered with a mortgage according to the matrimonial property regime and in the event of a marital crisis between the spouses.

PALABRAS CLAVE:

Concurso de persona física, vivienda habitual, proceso de familia, vivienda hipotecada, régimen económico matrimonial.

KEY WORDS:

Bankruptcy of a natural person, habitual residence, family proceedings, mortgaged home, matrimonial property regime.

I.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL PROCESO CONCURSAL SEGÚN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

I.1.- Vivienda familiar y concursado casado en régimen de gananciales

En primer lugar, se ha de tener en consideración que, a pesar que el artículo 192 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en lo sucesivo TRLC) establece que se han de incluir en la masa activa los bienes y derechos que integren el patrimonio del concursado en la fecha de declaración de concurso y, que, en caso de que el deudor se encuentre casado en régimen de gananciales, no se debería incluir en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal¹; sin embargo, lo cierto es que únicamente tras la disolución y liquidación del régimen conyugal es cuando es posible determinar el derecho que a cada cónyuge le corresponde sobre el patrimonio ganancial, esto es, cuando se le adjudica a cada cónyuge la titularidad exclusiva de los bienes gananciales².

En este sentido, el artículo 193 TRLC señala que “*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado*”, lo que significa que en la masa activa del concursado se han de incluir los bienes que no pertenecen exclusivamente al concursado como son los bienes gananciales y, a su vez, podría conllevar, en consecuencia, que algunas deudas del concursado sean consideradas deudas

¹ Artículo 1.911 Código Civil.

² Martín Meléndez, M.T. *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1995, p.433.

gananciales, cuestión esta que quedará a criterio de la administración concursal quien deberá aplicar la legislación civil al respecto³.

En consecuencia de lo anterior, el artículo 125 TRLC regula como herramienta de defensa para el cónyuge del concursado la facultad de disolver el régimen conyugal⁴ siempre y cuando se incluyan los bienes comunes en la masa activa⁵. En este sentido, según establece el apartado segundo del artículo 125 TRLC, una vez presentada la solicitud de disolución, el juez deberá acordar la liquidación de la sociedad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges, operaciones que se deberán realizar en coordinación, bien con el convenio, bien con la liquidación de la masa activa. Por tanto, los bienes gananciales adjudicados al cónyuge no concursado se han de hacer constar en el inventario, pero sin detraerse de la masa activa (artículo 193 TRLC) y, a su vez, se incluirán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad ganancial (art. 251.2 TRLC).

Ahora bien, con lo que respecta en relación con la vivienda familiar ganancial, ésta se ha de incluir en la masa activa del concurso, siempre y cuando se tenga en consideración la atribución preferente

3 Las deudas gananciales pueden hacerse efectivas con cargo al patrimonio privativo el cónyuge deudor y, además, sobre el patrimonio ganancial (art. 1369 Código Civil). Las deudas privativas se pueden hacer efectivas con cargo al patrimonio privativo y, subsidiariamente, con cargo al patrimonio común (art. 1.373 Código Civil).

4 Artículo 1.393 Código Civil.

5 Cuenca, M., Fernández Seijo, J.M. *La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de personas física*, III Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 174 y ss.

a favor del cónyuge del concursado siempre y cuando concurra disolución del régimen conyugal⁶. Al respecto, el artículo 125.3 TRLC señala que *“El cónyuge del concursado tendrá derecho a que la vivienda habitual del matrimonio que tuviere carácter ganancial o común se le incluya con preferencia en su haber hasta donde este alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso”*. Este precepto permite la atribución preferente a favor del cónyuge del concursado simplemente con la declaración de concurso del otro cónyuge y siempre que la liquidación de gananciales sea previa a la liquidación concursal, dado que esta atribución preferente se debe efectuar en la fase común.

Con lo que respecta en relación con la vivienda familiar ganancial, ésta se ha de incluir en la masa activa del concurso, siempre y cuando se tenga en consideración la atribución preferente a favor del cónyuge del concursado siempre y cuando concurra disolución del régimen conyugal

Además, como se puede apreciar esta atribución de la vivienda habitual al cónyuge del concursado es una medida de protección para ambos cónyuges y la familia, siempre y cuando el cónyuge del concursado disponga del patrimonio suficiente con el que abonar el exceso

6 Sánchez Linde, M. «La atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, pp. 3051-3074.

de atribución o cuando la mayoría de las deudas del concursado sean privativas⁷. De igual modo, a los efectos de no perjudicar los derechos de los acreedores con la adquisición preferente correspondiente al cónyuge del concursado sobre la vivienda habitual, es necesario que en la masa activa se incluya el exceso de adjudicación en caso de que el valor de la vivienda sea superior a la cuota que le corresponde al cónyuge del concursado sobre el haber partible, debiéndose aplicar la regla de valoración del artículo 194.3 TRLC⁸.

I.2.- Vivienda familiar y concursado casado en régimen de separación de bienes

El segundo escenario que se analizará a continuación es cuando concursado se encuentra casado en régimen de separación de bienes y la vivienda es común en régimen de comunidad ordinaria y por cuotas. En este caso, únicamente se incluirá en la masa activa del concurso la cuota que corresponda al concursado. Ante esta situación, el cónyuge del concursado tendrá un derecho de adquisición preferente sin que sea necesario esperar a la fase de liquidación, otorgándole el artículo 194 TRLC al cónyuge del concursado el *“derecho de adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor”*. Por consiguiente, el cónyuge del

concurado lo que adquiere es la cuota que le corresponde al concursado para poder adquirir la totalidad del bien, por ello abona la mitad de su valor, siendo este el mayor entre el valor de tasación establecido o el de mercado (art. 194.2 TRLC).

Así pues, al tratarse de un derecho de adquisición preferente especial, el cónyuge del concursado puede exigir al administrador concursal que le transmita la mitad del bien correspondiente al concursado. Aunque la ley concursal vigente no especifica el momento en el que cónyuge debe realizar esta solicitud, lo coherente es que la ejecute dentro de la fase común del concurso, en concreto, en dentro del plazo de la formación del inventario por parte de la administración concursal. En el caso de que el inventario de administrador concursal, no incorpore dicho derecho, el cónyuge del concursado podrá impugnarlo por medio de incidente concursal.

II.- LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO UNO DE LOS CÓNYUGES SE ENCUENTRA EN CONCURSO Y EXISTE UN PROCESO DE FAMILIA

En los supuestos de separación, nulidad o divorcio, cuando uno de los cónyuges se encuentra en concurso de acreedores en relación con la vivienda familiar, se aplica el artículo 96 del Código Civil, donde establece en su párrafo primero que *“el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de*

⁷ López Beltrán de Heredia, C. *La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 172.

⁸ El art. 194.3 TRLC establece que se “considerará que el valor de la vivienda habitual del matrimonio será el mayor entre el valor de tasación que tuviera establecido o el de mercado”.

edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de este derecho, en función de las circunstancias concurrentes”, con la limitación de que “para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a lo párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”⁹.

Al tratarse de un derecho de adquisición preferente especial, el cónyuge del concursado puede exigir al administrador concursal que le transmita la mitad del bien correspondiente al concursado

Así pues, cuando existe crisis matrimonial, al cónyuge del concursado y a los hijos (menores o discapacitados) se le atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar, tratándose de una situación posesoria que existía durante el matrimonio y que continúa tras la separación, nulidad o divorcio, siendo necesario para dicha disposición el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial¹⁰.

9 Art. 96.3 Código Civil.

10 Gómez Gállico, F.J. «Cuestiones civiles y registrales de

Igualmente, cabe tener en consideración que este derecho de uso por parte del cónyuge no titular es un derecho oponible a terceros y se puede inscribir en el Registro de la Propiedad (art. 96.3 Código Civil)¹¹. En este sentido, al adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar el derecho de uso sobre la vivienda familiar siempre y cuando dicho derecho hubiera constado en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo¹². No obstante, cuando el derecho de uso no está inscrito en el Registro de la Propiedad, los terceros de buena fe son protegidos por la normativa general del ordenamiento jurídico, en especial, por las reglas de fe pública registral recogidas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹³. Por consiguiente, este derecho de uso, no inscrito, a favor del cónyuge del concursado puede decaer ante la ejecución de una hipoteca preferente, incluso cuando hubiera sido

actualidad en relación a la vivienda habitual familiar», Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 19, 2023, pp. 403-404.

11 Trelles Fernández, F. «Matrimonio y concurso de acreedores: cuestiones civiles y registrales», LinkedIn [en línea], 2020: [consultado el 19 agosto] Disponible en: <https://es.linkedin.com/pulse/matrimonio-y-concurso-de-creedores-cuestiones-trelles-fern%C3%A1ndez>

12 Achón Bruñen, M.J. «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, excónyuge o conviviente more uxorio», Revista Jurídica La Ley, núm.4, Madrid, 2006, p. 1821.

13 Cuenca Casas, M. “Régimen jurídico de la vivienda familiar”. Tratado de derecho de familia, Yzquierdo, M. (dir.), Vol. 3, 2011, pp. 275-442. En este sentido, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, establece que: “El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.”

constituida por el concursado en estado de soltero. Al respecto, Resolución de 8 de marzo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, señala que no estando inscrito el derecho de uso, su titular no puede ser protegido por el Registro de la Propiedad, al haberse prescindido del amparo registral, por consiguiente no podrá oponerlo a un tercero que sí haya inscrito el suyo¹⁴. En el proceso concursal, de conformidad con lo establecido en el artículo 199 TRLC el derecho de uso de la vivienda familiar por parte del cónyuge no concursado debe constar en el inventario de la masa activa; en este sentido, en caso de liquidación y ejecución de la vivienda, el adquirente deberá respetar el derecho de uso. Sin embargo, cabe señalar que en caso de ejecutar la hipoteca de la vivienda familiar habiendo sido atribuido el uso al cónyuge no concursado con posterioridad a su constitución, se extinguirá el derecho de uso al ejecutarse la hipoteca con las cargas y gravámenes de las que constaba en su constitución y no en el momento de la ejecución.

Además, dicho derecho de uso conlleva su indisponibilidad e inembargabilidad (art. 525 Código Civil), no pudiéndose incluir en la masa activa del concurso cuando el concursado no sea titular de la vivienda familiar.

Por último, es necesario fijar un plazo de duración para la inscripción del derecho de uso¹⁵, teniéndose en consideración

14 Resolución de 21 de noviembre de 2021, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

15 Al respecto, Gómez Gállego, F.J. «Cuestiones civiles y registrales de actualidad...», Op. Cit., pp. 405-406, señala que: “El Tribunal Supremo (STS 12 de junio de 2020)

que en caso de custodia compartida se puede atribuir temporalmente y de manera exclusiva la vivienda familiar a un solo progenitor cuando la situación económica de este no le permite ocupar otro domicilio adecuado para cubrir las necesidades de los hijos¹⁶, esto es, cuando por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda, con la finalidad de que pueda convivir con sus hijos durante los periodos en los que le corresponda la custodia, siempre y cuando conste garantizado el derecho de los hijos a residir en una vivienda adecuada cuando convivan con el otro progenitor¹⁷.

considera que en principio debe ser temporal. Parte de su doctrina sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de guarda y custodia compartida, considera que es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía”.

16 De Priego Fernández, V. «Comentario a la STS de 29 de abril de 2022 (RJ 2022, 2272). Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Alcance de la renuncia del progenitor titular al uso rotatorio», En Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 121, 2023, pp. 39-58.

17 STS 835/2022, de 25 de noviembre, FJ.3, establece lo siguiente: “Con tal finalidad, 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 periodos 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; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio 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 periodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencias 95/2018, de 20 de febrero; 558/2020, de 26 de octubre y 438/2021, de 22 de junio entre otras). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero del art. 96 CC para los matrimonios sin hijos, actual número segundo de dicho precepto (sentencias 513/2017,

III.- REGULACIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR HIPOTECADA EN LOS DIFERENTES RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES Y EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL

En el pretendido de que ambos cónyuges se encuentren casados en régimen de gananciales, uno de ellos se declara en concurso y la vivienda familiar se encuentra gravada con una hipoteca, la vivienda será incluida en la masa activa (art. 193 TRLC) y la hipoteca en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC). En el caso de que las cuotas del préstamo se encuentren al corriente de pago, el deudor podrá acogerse a un plan de pagos sin que la vivienda pueda ser liquidada o ejecutada. En caso de que el concursado solicite la liquidación, el cónyuge no concursado tiene la opción de pagar el préstamo hipotecario, pudiendo solicitar la disolución del régimen conyugal a los efectos de no generar más patrimonio ganancial y así, también ejercitar en la liquidación de la sociedad el derecho de atribución preferente sobre la vivienda. En consecuencia, salvo que el acreedor consienta, el concursado seguirá siendo deudor hipotecario y, en la práctica concursal, la deuda hipotecaria

de 22 de septiembre; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio). “ Con esta finalidad, de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 15/2020, de 16 de enero, 558/2020, de 26 de octubre); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado”.

continuará constando en la masa pasiva y, la vivienda en la masa activa, con la apreciación expresa de la adjudicación al cónyuge del concursado¹⁸.

No en vano, cuando nos encontramos ante cónyuges casados en régimen de separación de bienes y uno de ellos se declara en concurso, en este caso se incorpora en la masa activa la cuota sobre la vivienda familiar que le corresponde al concursado (art. 192.1 TRLC); pero, con la peculiaridad, de que al ser la hipoteca indivisible toda la finca, ha de responder del crédito garantizado (art. 1.860 Código Civil y 122 y ss. de la Ley Hipotecaria), no pudiéndose aplicar el art. 225 TRLC con el objeto de solicitar la cancelación de las cargas anteriores al concurso sobre los créditos concursales.

Asimismo, si la hipoteca se encuentra al corriente de pago por parte del concursado y, la deuda supera el valor de la garantía, se podrá aplicar el artículo 492 bis TRLC, con el fin de reestructurar la deuda hipotecaria hasta el valor de la garantía, siempre y cuando el concursado se acoja a la opción del plan de pagos. Para el caso de que el concursado solicite la liquidación en el concurso, si su cónyuge continúa abonando el préstamo hipotecario con la finalidad de no ejecutar la hipoteca, podrá oponer la excepción objetiva del beneficio del plazo (artículo 1.148 del Código Civil) y, así evitar el vencimiento anticipado de la obligación (artículo 414 TRLC)¹⁹. Pero, si

18 Rodríguez Achútegui, E. «La ejecución. Títulos ejecutivos problemáticos. La ejecución contra el concursado », Cuadernos Digitales de Formación, núm. 5, 2023, pp. 10-11.

19 Rodríguez Vera, L. «La enajenación en concurso de la vivienda en proindiviso hipotecada», La insolvencia del deudor persona natural ante la trasposición de la

el valor de la vivienda familiar es superior al de la deuda hipotecaria, en este caso, si es posible la ejecución de la cuota que ostente el concursado sobre la vivienda, pudiendo ejercitar el adquirente la acción de la división de cosa común, una vez concluido el concurso, al subsistir la hipoteca sobre todo el inmueble.

Por último, en los casos de separación, nulidad o divorcio, si la vivienda familiar se encuentra con hipoteca y ésta fuera ejecutada, se extinguirá el derecho de uso de la vivienda familiar por parte del cónyuge no concursado si es posterior a la constitución de la hipoteca, ya que la hipoteca se ejecuta con aquellas cargas o gravámenes que tuviera en el momento de su constitución y no en los de la ejecución. No obstante, si el derecho de uso de la vivienda familiar es constituido con anterioridad e inscrito en el Registro de la Propiedad, el cónyuge usuario podrá permanecer en la vivienda tras la ejecución. Además, el art. 497 TRLC establece que en caso de que el cónyuge concursado le fuera concedida la exoneración del pasivo insatisfecho, únicamente la vivienda familiar del deudor gravada no podrá ser objeto de ejecución, pero sí podrán ser ejecutadas segundas residencias del deudor concursado²⁰.

IV.- CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar, cuando el concursado se encuentra casado o en proceso de familia se plantean relevantes

problemas desde una perspectiva jurídica dimanantes de la necesidad de aplicar simultáneamente la normativa concursal con la de los regímenes económico-matrimoniales. Igualmente, se plantean ciertas particularidades en la ejecución de la vivienda familiar según sea el régimen económico matrimonial cuando el titular se encuentra en concurso de acreedores o en caso de existir crisis matrimonial

En lo que respecta a la atribución de la vivienda habitual, si el concursado se encuentra casado en régimen de gananciales y otro de comunidad el cónyuge del concursado dispone de la facultad de disolver el régimen conyugal y solicitar la atribución preferente de la vivienda familiar a los efectos de que la familia pueda seguir disfrutando de la vivienda como necesidad primordial de alojamiento. Sin embargo, el deudor casado en régimen de separación de bienes el cónyuge del concursado tiene un derecho de adquisición preferente especial siempre y cuando abone la mitad del valor de la vivienda habitual en el concurso para poder adquirir está en su totalidad. Asimismo, cuando existe crisis matrimonial y uno de los cónyuges se ha declarado en concurso de acreedores, el cónyuge no concursado puede ejercer el derecho de uso de la vivienda familiar.

Directiva 2019/1023, Gómez C. (dir.), Thomson Aranzadi, 2021, p. 233.

20 Fernández Seijo, J.M. «Concurso de persona física: garantías reales y exoneración del pasivo insatisfecho», Cuadernos Digitales de Formación, núm. 10, 2020, pp. 7-10.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- Achón Bruñen, M.J. «Mecanismos de defensa en el proceso de ejecución del consorte, ex cónyuge o conviviente more uxorio», Revista Jurídica La Ley, núm. 4, Madrid, 2006, pp. 1817-1831.
- Cuenca Casas, M. «Régimen jurídico de la vivienda familiar». Tratado de derecho de familia, Yzquierdo, M. (dir.), Vol. 3, 2011, pp. 275-442.
- Cuenca, M., Fernández Seijo, J.M. La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de personas física, III Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- De Priego Fernández, V. «Comentario a la STS de 29 de abril de 2022 (RJ 2022, 2272). Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Alcance de la renuncia del progenitor titular al uso rotatorio», En Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 121, 2023, pp. 39-58.
- Fernández Seijo, J.M. «Concurso de persona física: garantías reales y exoneración del pasivo insatisfecho», Cuadernos Digitales de Formación, núm. 10, 2020, pp. 1-25.
- Gómez Gáligo, F.J. «Cuestiones civiles y registrales de actualidad en relación a la vivienda habitual familiar», Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 19, 2023, pp. 384-413.
- López Beltrán de Heredia, C. La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Martín Meléndez, M.T. La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1995.
- Rodríguez Achútegui, E. «La ejecución. Títulos ejecutivos problemáticos. La ejecución contra el concursado », Cuadernos Digitales de Formación, núm. 5, 2023, pp.1-22.
- Rodríguez Vera, L. «La enajenación en concurso de la vivienda en proindiviso hipotecada», La insolvencia del deudor persona natural ante la

trasposición de la Directiva 2019/1023, Gómez C. (dir.), Thomson Aranzadi, 2021, pp. 229-234.

- Sánchez Linde, M. «La atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 764, pp. 3051-3074.
- Trelles Fernández, F. «Matrimonio y concurso de acreedores: cuestiones civiles y registrales», LinkedIn [en línea], 2020: [consultado el 19 agosto] Disponible en: <https://es.linkedin.com/pulse/matrimonio-y-concurso-de-acreedores-cuestiones-trelles-fern%C3%A1ndez>



NO DAR LA ESPALDA A NADIE

(HOMENAJE A UNA EXPERIENCIA JUDICIAL INCLUSIVA)

Inmaculada Mengual Bernal
Periodista

Fecha de remisión: 25/09/2024

Fecha aceptación: 14/11/2024

RESUMEN:

La justicia no es futuro; Se conjunta en tiempo presente.

El derecho, está muchas veces en los matices.

Los griegos nos enseñaron cuán importante es el valor de la acogida.

Un ejemplo real de una justicia 100% accesible en una isla. ¿Viajamos a ella?

ABSTRACT:

Justice is not the future; It is combined in the present tense.

The law is often in the nuances.

The Greeks taught us how important the value of welcome is.

A real example of 100% accessible justice on an island. Shall we travel to it?

PALABRAS CLAVE:

Accesibilidad, premios, justicia efectiva

KEYWORDS:

Accessibility, awards, effective justice

HOMENAJE A UNA EXPERIENCIA JUDICIAL INCLUSIVA

Dicen que los pueblos que viven más

cerca de la naturaleza son mucho más respetuosos con ella; saben adaptar y compaginar sus vidas, sus construcciones o sus carreteras acordes con un perfil de una montaña; unos materiales resistentes o, una orientación a los vientos predominantes.

Muchos habitantes de grandes ciudades pierden este contacto con la naturaleza en sus quehaceres cotidiano; en ese ir y volver al trabajo, poco conocen ya de los ciclos de la luna o de las tareas del campo. Le dan la espalda.

Pero, no sucede así en la isla de Lanzarote. La naturaleza está presente en cada paso o kilómetro que recorremos. La tierra negra nos recuerda que surgió de las entrañas de un volcán. Y como todo volcán encierra la paradoja de la vida: lo bueno (tierra muy fértil) y, la maldad también asoma (la fuerza destructora que arrasa en sus estallidos).

En esta negritud (la naturaleza no siempre es verde, como acostumbramos por el norte de España), llama la atención la blancura de las casas. Contrastes bellísimos entre estas dos tonalidades tan dispares. Pero del negro al blanco, hay un largo camino por recorrer.

UN EDIFICIO QUE SÍ CUMPLE

Y en este recorrido por la isla nos detenemos en uno de sus edificios más destacados por la importancia del trabajo que dentro de sus muros perimetrales se desarrolla: impartir justicia. Y más aún, cuando este edificio quiere acoger a todos, no dar la espalda a nadie.

Uno de los pilares del Estado de Derecho es el acceso a la justicia. Lo tenemos garantizado con el más alto rango legal en el art. 24 de la Constitución Española. El gran dilema es cómo ha de ser y con qué alcance. El ámbito subjetivo queda determinado gramaticalmente con el pronombre “todas” seguido del sustantivo “personas”, esto es, carece de limitación alguna.

MUROS INVISIBLES

Todos estamos ya acostumbrados -los reglamentos técnicos son bien profusos- y así se incluye en todos los contratos de ejecución de obra y en las licencias de apertura, en contar con rampas de acceso para minusvalías físicas. Pero, ¿Y las personas con discapacidad intelectual (y sus familias); o los niños, tienen garantizado también este acceso?

Como aquellos ciudadanos de grandes urbes que ya no son capaces de ver la naturaleza; nosotros también estamos ciegos ante algunos muros invisibles que nos impiden ver - y atender- estas necesidades específicas de comprensión que tienen algunas personas para acceder a la Justicia; Por ejemplo, poder saber qué dice un decreto o descifrar el lenguaje jurídico de una notificación con

esas advertencias tan severas.

UN LEITMOTIV DE LA BUENA ACOGIDA

Los establecimientos hoteleros cuidan con mucho esmero cómo es la acogida: la primera impresión que un huésped pueda tener a la hora de acudir al hotel (cansado en la mayoría de las ocasiones por el largo trayecto previo). Es un *sine qua non* para estas empresas.

Este mismo *leitmotiv* de la buena acogida (ya los griegos nos enseñaron cuán importante era), se ha trasladado al mostrador de entrada del Edificio Judicial de Arrecife, para poder así, atender e informar en este primer acceso físico al inmueble. Se ha pensado en todo, pues este mostrador de información también cuenta con un espacio para atender aquellas situaciones que requieran privacidad.

Este edificio quiere acoger a todos, no dar la espalda a nadie.

La publicación de una Guía y sesiones informativas han impulsado la difusión para que estas dotaciones sean conocidas por todos los operadores de la Justicia, desde los conserjes y vigilantes de seguridad (¡cuánta ayuda prestan a diario!). Pero, de forma específica, es el Servicio de Facilitadores quién está al otro lado del mostrador, asumiendo estas tareas. Qué bonito nombre: “facilitador”. Este servicio lo prestan Entidades del Tercer Sector con experiencia para poder hacerlo con desenvoltura.



LECTURA FÁCIL Y SENCILLA

Porque la Justicia es bien compleja (el lenguaje; los términos que se usan, el estilo...). De igual forma se ha implantado, siguiendo esta *ratio* de “Justicia accesible 100%”, el Proyecto de Atención Integral a las Personas con discapacidad que abarca un servicio especial de información y de facilitar la lectura fácil. El Magistrado Juez Decano de Arrecife supo primero ver esta necesidad; dar respuesta con la ley en la mano (él dice que sólo se ha limitado a aplicar la Ley 8/2021) e, impulsar el proyecto para convertirlo en una realidad (¡qué gran logro cuando las ideas geniales no quedan en un *desiderátum*!).

En la IX Edición de los Premios a la Calidad de la Justicia que anualmente concede el Consejo General del Poder Judicial, fue premiada esta buena práctica que aporta calidad -y, a su vez, mejora también- el servicio público que es la Justicia. Este refrendo es toda una “prueba testigo” del buen hacer de esta práctica.

EFFECTIVA, ASÍ HA DE SERLO.

Aquel adjetivo que en tantísimas demandas se invoca, la condición de ser “efectiva” para que, en verdad sea Justicia, en el Partido Judicial de Arrecife

se ha logrado. ¡Qué gran paso y legado deja con esta iniciativa D. Adalberto de la Cruz Correa! Y, sabido es, que cuando las cosas se hacen bien, es obligado copiar y replicar. Estamos pues, ante un valioso y eficaz botón de muestra.

Queremos cerrar este artículo con un agradecimiento inmenso a la aportación del Magistrado Juez Decano de Arrecife, y a todo el equipo que ha trabajado con él, que han sabido transformar el lenguaje en futuro de una ley (“fomentarán”; “aplicarán”, etc.) en un tiempo presente y efectivo, con medidas tangibles que atienden a “todos” los que acuden a la Justicia; Nada más cruzar la puerta de entrada al edificio sabrán dónde ir; estarán informados; entenderán el papel que se les entregue.

Ese no dar la espalda a nadie, es verdadero camino del art. 24 de la Constitución. ¡Gracias, Adalberto! ¡Vamos a copiar!

Este mismo leitmotiv de la buena acogida (ya los griegos nos enseñaron cuán importante era), se ha trasladado al mostrador de entrada del Edificio Judicial de Arrecife

DERECHO ANIMAL. MÁS ALLÁ DE LAS COSAS

(ANIMAL LAW. BEYOND THINGS)

Rodrigo Marcos Vian

Juez de adscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, provincia de Valladolid

Destino actual: Sección segunda Audiencia Provincial de León

Remitido: 10/10/2024

Aceptado: 14/11/2024

SUMARIO

- I. DERECHO ANIMAL. BREVE INTRODUCCIÓN.
- II. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS ANIMALES COMO SERES SENTIENTES.
- III. ESTATUS JURÍDICO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.
- IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN SITUACIONES ESPECIALES
- V. CONCLUSIONES

RESUMEN:

En el presente artículo se analiza la evolución del derecho animal, tanto en su vertiente legal como jurisprudencial, dentro del ordenamiento jurídico español, pasando de ser considerados meras cosas muebles a seres dotados de especial sensibilidad. Asimismo, se realiza una especial significación a la tenencia de los animales en

situaciones de crisis familiares, y los criterios para su atribución, así como el régimen jurídico en el caso de las parejas de hecho.

ABSTRACT:

This article analyzes the evolution of animal law, both in its legal and jurisprudential aspects within the Spanish legal system, going from being considered mere movable things to beings endowed with special sensitivity. Likewise, special significance is given to the ownership of animals in situations of family crisis, and the criteria for their attribution, as well as the legal regime in the case of unmarried couples.

PALABRAS CLAVE:

Animales; derecho; guarda y custodia; menores; crisis familiar; pareja de hecho.

KEY WORDS:

Animals; law; custody; minor; family crisis; Common-law partner.

I. DERECHO ANIMAL. BREVE INTRODUCCIÓN.

No pasa desapercibido el cambio social que llevamos viviendo durante los últimos años en España en relación con los animales de compañía. Basta con acudir a un parque y mirar a su alrededor para comprobar que, posiblemente, haya más personas con perros que niños. Vaya por delante que no se trata una crítica, pues yo mismo participo de dicha afirmación, tengo un perro de aguas, Bruce y, sin embargo, no tengo hijos. Esta tendencia es objeto de estudio cada año, siendo los datos más recientes, que España alcanza ya las 6 mascotas por niño. No hay ninguna Comunidad Autónoma que tenga más niños que mascotas¹.

Estadísticamente, en los últimos diez años los menores de cuatro años se han reducido en medio millón y han pasado de representar el 5% (2,3 millones) del total de la población al 3,7%. Repito, y en solo en diez años. En consecuencia, España es el segundo país de la Unión Europea con la cifra más baja de niños en esta franja de edad, solo superados por Italia². Los números no engañan, durante el año 2024 en España han nacido 184.050 bebés por los 322.075 nacidos en el año 2023, siendo la más baja desde que comenzó la serie histórica del Instituto Nacional de Estadística. Según los últimos datos de esta institución, en nuestro país, hay más perros que niños, ya que un 43% de los hogares tienen mascotas³.

¹https://www.cope.es/actualidad/linea-editorial/noticias/mas-mascotas-ninos-20240929_3019122.html

²<https://www.elmundo.es/economia/2024/09/28/66f7d8f3fdddff8f5b8b459b.html>

³ <https://www.cuatro.com/noticias/sociedad/20240314/>

Esta tendencia ha generado un cambio en la composición actual de los hogares, pues muestran una preferencia a tener antes mascotas que bebés. Así lo refleja el último censo de la Red Española de Identificación de animales de compañía (REIAC) contabilizando un total de 10 millones de mascotas censadas en nuestro país, distribuidos en 9,2 millones de perros, 1,22 de gatos y 51.127 hurones⁴.

Así las cosas, esta tendencia ha propiciado una evolución tanto legislativa como jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico, pasando los animales, como se analizará a lo largo del presente estudio, de ser simples cosas susceptibles de posesión, a seres sintientes.

II. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS ANIMALES COMO SERES SINTIENTES.

La Ley 17/2021, modificadora del Código Civil en cuanto al régimen jurídico de los animales, atribuye a estos, carácter de seres vivos distintos de las cosas, cambiando así la consideración que, hasta entonces, tenían en el Código Civil. En este sentido, el artículo 333 bis del Código Civil dispone que: “*Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad. Solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección*”. Se regula, igualmente, la obligación de cuidado, respetando su cualidad de ser sintiente y se deberá asegurar su bienestar según

[crecen-numero-mascotas-gastos-espana-mas-perros-ninos_18_011965285.html](https://www.reiac.es/#:~:text=REIAC%20-%20Web%20oficial%20de%20la)

⁴ <https://www.reiac.es/#:~:text=REIAC%20-%20Web%20oficial%20de%20la>

las características de cada especie, respetando las normas vigentes.

La ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, en sintonía con lo anteriormente expuesto regula en el artículo 24 las obligaciones generales con respecto a los animales de compañía, tratando a estos en su consideración de seres sintientes. Asimismo, los titulares o personas que convivan con animales de compañía tienen el deber de protegerlos, así como la obligación de mantenerlos integrados en el núcleo familiar, siempre que sea posible por su especie, en buen estado de salud e higiene. Esta obligación de integración en la unidad familiar ha dado lugar a la regulación las normas relativas a las crisis matrimoniales, estableciendo los criterios que habrán de seguirse para la atribución de su cuidado a las partes, sea o no titular de un animal, como se analizará posteriormente. Así, el juez determinará el cuidado de los animales de compañía a uno u otro cónyuge o a ambos, a modo de custodia compartida o de la forma que proceda.

Esta especial sensibilidad hace que en la actualidad la naturaleza de los animales sea distinta de las cosas o bienes muebles. No obstante, aunque los animales sean seres vivos sensibles no se impide que, en casos específicos, pueda aplicarse supletoriamente, el régimen jurídico de los bienes o cosas, como el previsto para la comunidad de bienes de y siempre que tal régimen jurídico sea compatible con su naturaleza y protección conforme prevé el artículo 333bis del Código Civil. La reforma operada por la Ley 17/2021

fue sustancial, afectando incluso a los derechos reales y compraventa pues, aunque los animales sean, en general, apropiables y objeto de comercio, en la relación de la persona y el animal ha de estar presente en todo momento su cualidad de ser vivo sensible. Los derechos y facultades a ejercitar sobre ellos atenderán a su bienestar y protección, evitando el maltrato, el abandono y la muerte cruel o innecesaria⁵. Esta reforma ha hecho necesario adaptar otros conceptos jurídicos como la ocupación, responsabilidad por daños y vicios ocultos en su aplicación a los animales etc. o la prohibición de los animales de compañía de ser objeto de prenda.

Esta obligación de integración en la unidad familiar ha dado lugar a la regulación las normas relativas a las crisis matrimoniales, estableciendo los criterios que habrán de seguirse para la atribución de su cuidado a las partes, sea o no titular de un animal

Igualmente en materia de derecho de sucesiones se ha efectuado una regulación específica, pues, conforme al artículo 914 bis del Código Civil, en cuanto al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario, a falta de disposición testamentaria estos se entregarán a los herederos o legatarios que los reclamen de acuerdo con las leyes y, si no fuera posible hacerlo de inmediato, para garantizar el cuidado

⁵ Artículo 27 Ley 7/2023, de 28 de marzo. Prohibiciones específicas respecto de los animales de compañía

del animal de compañía y solo cuando sea necesario por falta de previsiones sobre su atención, se entregará al órgano administrativo o centro que tenga encomendada la recogida de animales abandonados, hasta que se resuelvan los correspondientes trámites por razón de sucesión.

En relación con la modificación de otros textos legales para adaptar a los animales como seres sintientes, destaca la inembargabilidad los animales de compañía, sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que los mismos puedan generar (artículo 605 LEC), así como la eliminación de la posibilidad de extender la hipoteca a los animales colocados o destinados en una finca dedicada a la explotación ganadera, industrial o de recreo y se prohíbe el pacto de extensión de la hipoteca a los animales de compañía (artículo 111 LH).

III. ESTATUS JURÍDICO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR.

En primer lugar, debemos analizar qué se entiende por animal de compañía. El Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía (CEPAC) y la Ley 17/2021 configuran los animales de compañía como un concepto abierto, llegándose incluso a confundirlos con los animales domésticos. En este punto resulta de lectura obligada el estudio realizado por el Magistrado don Alfonso Carlos Aliaga Casanova, en su artículo *“El concepto de animal de compañía en los procesos de familia tras la aprobación de la Ley de protección de los derechos*

*y el bienestar animal”*⁶, donde analiza de forma exhaustiva la diferenciación entre unos y otros y su integración en el ámbito familiar.

El artículo 3 de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, facilita un concepto de animal de compañía como:

“animal doméstico o silvestre en cautividad, mantenido por el ser humano, principalmente en el hogar, siempre que se pueda tener en buenas condiciones de bienestar que respeten sus necesidades etológicas, pueda adaptarse a la cautividad y que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones o cualquier uso industrial o cualquier otro fin comercial o lucrativo y que, en el caso de los animales silvestres su especie esté incluida en el listado positivo de animales de compañía. En todo caso perros, gatos y hurones, independientemente del fin al que se destinen o del lugar en el que habiten o del que procedan, serán considerados animales de compañía. Los animales de producción sólo se considerarán animales de compañía en el supuesto de que, perdiendo su fin productivo, el propietario decidiera inscribirlo como animal de compañía en el Registro de Animales de Compañía”.

Partiendo de esta aproximación, el preámbulo de la Ley 17/2021, ya avanzaba que:

⁶ Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria número 5 mayo 2024.

“(…) En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello se contempla el pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar”.

Pues bien, las normas procesales y sustantivas que regulan el régimen de convivencia, cuidado y atención de los animales de compañía son de dos tipos, en primer lugar, de carácter contencioso, en los procesos de nulidad, separación y divorcio, mientras que para los procesos de mutuo acuerdo, vienen regulados en el artículo 90 del Código Civil. Examinaremos, a continuación, por separado cada una de ellas.

Dentro del ámbito de los procesos contenciosos, en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, la autoridad judicial establece las medidas propias de estos procesos ya sea como medida provisional (artículo 103 bis del Código Civil) o como medida definitiva (artículo 91 del mismo texto legal), con la finalidad de incluir el destino de los animales de compañía, pues el cuidado se puede confiar a uno u otro cónyuge de manera exclusiva, o de forma compartida, determinando, en uno u otra modalidad, la forma en la que podrán tenerlos en

su compañía. También reparte entre los cónyuges las cargas asociadas al cuidado del animal.

Una muestra de hasta qué punto los animales de compañía se han integrado en el núcleo familiar es lo dispuesto en el artículo 92.7 Código Civil, que impide la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal por la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar al cónyuge o cualquiera de los hijos.

¿Es relevante la titularidad dominical del animal? La respuesta es negativa, pues hay que atender al interés de los miembros de la familia, entendiendo que, si hay hijos menores con especial apego al animal y se establece una guarda y custodia con carácter exclusivo a un progenitor, en este caso el animal probablemente pueda quedar bajo el cuidado del progenitor custodio. En segundo lugar, conforme al artículo 94 bis del Código Civil se habrá de atender al bienestar del propio animal, considerándose también para ello, las condiciones del lugar en la que vaya a residir y que estas sean adecuadas para su cuidado y desarrollo, pues no es lo mismo un piso pequeño que una finca con terreno como resulta obvio.

Inciendo un poco más en relación con la titularidad del animal, puede ser que en el momento de la adquisición del mismo o a la hora de su registro, estuviera a nombre de solo uno de ellos y, al momento de proceder a la separación, sea más conveniente, atendiendo a las circunstancias del caso, que el animal

permanezca bajo el cuidado del cónyuge no titular. Se ha de atender a elementos emocionales, así como la voluntad y deseo de los propios menores, que hayan forjado un vínculo afectivo con el animal.

Sobre esta materia existe una resolución reciente, la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santander que ha declarado la copropiedad y la custodia compartida de un perro pastor belga, que será atendido cada quince días por quienes antes formaban pareja, estimando íntegramente la demanda interpuesta por un hombre, quien argumentaba que el animal fue adquirido por deseo suyo y de la que fue su pareja, y que durante el periodo en que duró su relación sentimental lo atendieron los dos de forma indistinta. El motivo de oposición de la parte demandada fue negar la convivencia de ambos en el mismo domicilio y afirmó que el perro fue adquirido únicamente por ella, que era la única persona que le atendía⁷.

Como se puede apreciar, la custodia se otorga con independencia de la titularidad dominical, y que es precisamente lo que justifica el Magistrado en su resolución, al considerar a los animales como “*seres vivos dotados de sensibilidad o seres sintientes*”, por lo que “*a todos los animales, y especialmente si son de compañía, se les dota de un estatuto jurídico novedoso, propio e inexplorado jurídicamente*”.

⁷<https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Juzgado-de-Primera-Instancia-n-7-de-Santander-acuerda-la-copropiedad-y-la-custodia-compartida-de-un-perro-pastor-belga#:~:text=El%20titular%20del%20Juzgado%20de%20Primera>

Si hay hijos menores con especial apego al animal y se establece una guarda y custodia con carácter exclusivo a un progenitor, en este caso el animal probablemente pueda quedar bajo el cuidado del progenitor custodio

Por último, en el ámbito de los procedimientos de mutuo acuerdo, el artículo 90 del Código Civil 90 del Código Civil señala cuales son los extremos que debe contener el convenio regulador, entre ellos el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.

La ley 17/23, de 15 de diciembre modificó, igualmente, el apartado segundo y tercero del mencionado artículo, al señalar que los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si fueran gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, la autoridad judicial ordenará las medidas a adoptar, sin perjuicio del convenio aprobado.

Igualmente permite la posibilidad de modificar las medidas adoptadas en el convenio sobre los animales de compañía si se hubieren alterado gravemente sus circunstancias.

IV. RÉGIMEN JURIDICO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN SITUACIONES ESPECIALES.

El artículo 748.4 LEC dispone que “*Las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos (...) 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*”. El tenor literal es claro, en caso de nulidad, separación o divorcio cuando estén afectados intereses de menores, hay que acudir al procedimiento de familia, y dentro de este en caso de existir animales de compañía decidir sobre el bienestar de los mismos, conforme a los criterios señalados con anterioridad. Pero en el caso de no existir menores o tratarse de parejas de hecho, ¿El procedimiento que resulta de aplicación es el mismo u otro distinto?

Comenzando por las parejas de hecho, recordemos que el Tribunal Supremo ha establecido que la unión de hecho no es una situación equivalente al matrimonio y al no serlo, no le puede ser aplicada, en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, la normativa reguladora de esta, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente, en la generalidad de los casos, para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma⁸. En estos casos, y siempre dependiendo de cada regulación autonómica, habría que

atender a los acuerdos suscritos entre los miembros de la pareja conforme al principio de autonomía de la voluntad, que podrían llegar a elevarse a escritura pública, pero recordemos que, como principio informador, siempre deben de respetar el principio de bienestar del animal.



En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo:

“(...) En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello se contempla el

⁸ Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 06-10-2011, nº 690/2011, rec. 1874/2008

*pacto sobre los animales domésticos y se sientan los criterios sobre los que los tribunales deben tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar”.*⁹

Existe, igualmente, jurisprudencia de nuestros Tribunales en este sentido:

*“desde la entrada en vigor de esta ley (ya que, con anterioridad, si se entendía que se tenían derechos sobre el animal de compañía, el cauce a utilizar conforma al derecho entonces vigente era el propio de la liquidación de la sociedad de gananciales si consideraba que el animal se adquirió constante matrimonio y con cargo a dinero ganancial, o en su caso, el propio de la acción declarativa de dominio o reivindicatoria mediante el correspondiente juicio declarativo), no cabe duda que las pretensiones relativas a custodia del animal de compañía y a las visitas o contactos con quien tras la ruptura se queda sin dicha custodia, se pueden instar no solo cuanto opera una crisis matrimonio (nulidad, separación y divorcio) sino también los casos de rupturas de una pareja de hecho estables y duraderas equiparables a las conyugales que poseen una mascota o animal de compañía”.*¹⁰

Igualmente, puede ocurrir que no existan hijos menores, por lo que tras la reforma llevada a cabo por Ley 17/2021 de

15 de diciembre, habría que acudir a las normas previstas para la comunidad de bienes, donde el artículo 404 del Código Civil establece que:

“Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio. 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”.

V. CONCLUSIONES.

En definitiva, la evolución del derecho animal ha sido incesante hasta llegar al culmen de la regulación con las Leyes 17/2021 y 7/2023. La sociedad está asumiendo que los animales no son cosas, sino seres sintientes, lo cual es fundamental para lograr que animales y personas nos relacionemos buscando el beneficio mutuo.

⁹ Tribunal Supremo Civil, sec. 1ª, S 17 07 2024, nº 1015/2024, rec. 6650/2023

¹⁰ AP Vizcaya, sec. 4ª, A 23-11-2022, nº 1114/2022, rec. 751/2022

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE TJUE, TC Y TS, MAS RELEVANTE EN DERECHO DE FAMILIA Y MEDIDAS DE APOYO CORRESPONDIENTE AL PRIMER SEMESTRE DE 2024

CJEU, TC AND SC JURISPRUDENTIAL REPORT, MOST RELEVANT IN FAMILY LAW AND SUPPORT MEASURES CORRESPONDING TO THE FIRST HALF OF 2024

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)

Remitido: 11/11/2024

Aceptado: 15/11/2024

SUMARIO.

- I. NOVEDADES LEGISLATIVAS
- II. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE
- III. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TC
- IV. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
 1. Cuestiones de competencia
 2. Nulidad matrimonial
 3. Filiación
 4. Privación de patria potestad
 5. Derecho de audiencia al menor
 6. Guarda y custodia: alimentos
 7. Guarda y custodia: atribución del uso de la vivienda
 8. Guarda y custodia: recogidas y entregas de los menores
 9. Animales de compañía
 10. Medidas de protección de menores
 11. Menores en situación de desamparo
 12. Personas con medidas de apoyo

RESUMEN:

A continuación, se reseñan las principales novedades jurisprudenciales emanadas de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre cuestiones relevantes en Derecho de Familia y medidas judiciales de apoyo del primer semestre del año 2024, apuntando algunas novedades legislativas relevantes.

ABSTRACT:

Below, we review the main jurisprudential developments arising from the judgments of the Court of Justice of the European Union, the Constitutional Court and the Supreme Court on relevant issues in Family Law and judicial support measures in the first half of 2024, pointing out some relevant legislative developments.

PALABRAS CLAVE

Cuestiones de competencia, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, pensión de alimentos, uso de la vivienda, visitas, animales de compañía, protección de menores, desamparo, medidas de apoyo.

KEYWORDS

Jurisdictional issues, annulment of marriage, filiation, parental authority, alimony, use of housing, visits, pets, protection of minors, abandonment, support measures

I. NOVEDADES LEGISLATIVAS

Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

- Publicada en DOUE de 24 de mayo de 2024
- Plazo de transposición 14 de junio de 2027

II. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE

1. STJUE (Sala Novena) de 11 de julio de 2024 en el asunto C-461/22 (ECLI:EU:C:2024:607) sobre protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos.

El litigio principal tiene su origen en la

demanda presentada por una persona física frente al quien fue su curador profesional, un abogado. En la misma solicita la rendición de cuentas y ejercita el derecho de acceso a los datos y a la información que sobre su persona recogió durante el ejercicio de la curatela. El Landgericht Hannover (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hannover, Alemania) que conoce del asunto remitente alberga dudas sobre si una persona que ha ejercido a título profesional las funciones de curador puede ser calificada de «responsable del tratamiento», en el sentido del art. 4 apartado 7 del RGPD. Así como, si el antiguo curador está obligado a proporcionar el acceso a los datos con arreglo al artículo 15 del RGPD.

El Tribunal de Justicia declara que el artículo 4, punto 7, del Reglamento (UE) 2016/679 deben interpretarse en el sentido de que «*un antiguo curador que ha ejercido sus funciones a título profesional respecto de una persona sujeta a su curatela debe calificarse de «responsable del tratamiento», en el sentido de dicha disposición, de los datos personales en su posesión relativos a esa persona y de que dicho tratamiento debe respetar todas las disposiciones del mencionado Reglamento, en particular su artículo 15».*

2. STJUE de 12 de septiembre de 2024 en el asunto C-63/23 (ECLI:EU:C:2024:739), sobre residencia por reagrupación familiar y audiencia de menores.

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre una madre y sus dos hijos menores de edad, todos

ellos nacionales de un tercer país, y la Subdelegación del Gobierno en Barcelona (en lo sucesivo, «autoridad nacional competente»), en relación con la denegación de la renovación de su permiso de residencia por reagrupación familiar. La Administración española había denegado la residencia permanente porque el reagrupante, el marido y padre de los dos hijos menores, tenía antecedentes penales, por lo que las dos cuestiones se centran en los derechos de los miembros de la familia del reagrupante. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona eleva cuestión prejudicial en relación a la interpretación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de cuatro ciudadanos de terceros países (padre, madre y dos hijos menores) en un supuesto en el que solicitaban la residencia permanente o de larga duración.

La primera pregunta que contesta el Tribunal de Justicia se refiere al carácter derivado del reagrupamiento familiar. Y, a estos efectos, señala que el derecho de residencia es un derecho derivado del derecho del reagrupante, destinado a favorecer la integración de este último. Por tanto, la Directiva 2003/86 no prevé que las autoridades nacionales estén obligadas a expedir, basándose en la existencia de «circunstancias especialmente difíciles», un permiso de residencia autónomo a miembros de la familia de un reagrupante cuando estos hayan perdido su permiso de residencia por motivos ajenos a su voluntad o cuando haya hijos menores.

No obstante, la segunda cuestión se

refiere a la audiencia de los menores y, en particular, señala el Tribunal de Justicia que la Directiva 2003/86 exige una apreciación individualizada de la situación del miembro de la familia que tenga en cuenta todos los elementos pertinentes del caso concreto y que preste, en su caso, una especial atención a los intereses de los menores afectados y al interés en favorecer la vida familiar (circunstancias como la edad de los menores afectados, su situación en su país de origen y su grado de dependencia de los progenitores pueden influir en el alcance y la intensidad del examen requerido). Por lo tanto, insiste el Tribunal de Justicia, la denegación de un permiso de residencia no puede producirse de manera automática.

El Tribunal de Justicia subraya la importancia del derecho a ser oído de los menores de edad y puntualiza: «*el derecho del niño a ser oído no requiere que se lleve a cabo necesariamente una audiencia, sino que exige poner a disposición del niño los procedimientos y las condiciones legales que le permitan expresar su opinión libremente y que esta sea considerada*».

3. STJUE de 13 de julio de 2023 en el asunto C-87/22 ([ECLI:EU:C:2023:571](#)), sobre competencia en caso de traslado ilícito de un menor.

En 2014, la familia se estableció en Austria. TT y AK se separaron en 2020 y AK llevó a los niños a vivir con ella a Eslovaquia, sin el consentimiento de TT. Este presentó entonces ante un órgano jurisdiccional eslovaco una

demanda de restitución de los menores con arreglo al Convenio de La Haya de 1980. Paralelamente, TT presentó ante un órgano jurisdiccional austriaco una demanda por la que solicitaba la custodia exclusiva de sus dos hijos. AK acudió ante este mismo órgano jurisdiccional para que este solicitara a un órgano jurisdiccional eslovaco que se declarase competente en materia de derecho de custodia de los menores con arreglo al Reglamento n.º 2201/2003, alegando que los órganos jurisdiccionales eslovacos estaban mejor situados para conocer de la cuestión de la responsabilidad parental de los dos menores. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la competencia para resolver sobre el fondo de la custodia de un menor puede transferirse, con arreglo al Reglamento n.º 2201/2003, a un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que dicho menor ha establecido su residencia habitual tras su traslado ilícito y si los requisitos previstos para dicha transferencia tienen carácter taxativo.

El Tribunal de Justicia, al que dicho órgano jurisdiccional sometió la cuestión, aporta precisiones sobre las condiciones en las que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para resolver sobre el fondo de un asunto en materia de responsabilidad parental con arreglo al artículo 10 de dicho Reglamento puede excepcionalmente solicitar la remisión, prevista en el artículo 15, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento, a un órgano jurisdiccional del Estado miembro al que el menor en cuestión haya sido desplazado ilícitamente por uno de sus progenitores.

Las normas de competencia en materia de responsabilidad parental contenidas en el Reglamento n.º 2201/2003 han sido concebidas con el objetivo de responder al interés superior del menor y, para ello, privilegian el criterio de proximidad. Así, se establece una norma de competencia general a favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. No obstante, esta norma se aplica sin perjuicio, en particular, del artículo 10 de dicho Reglamento, que atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos. Esta disposición, que aplica el objetivo de evitar los traslados o retenciones ilícitos de menores entre Estados miembros, tiene por objeto neutralizar el efecto que la aplicación de la regla de competencia general produciría en caso de traslado ilícito del menor afectado, a saber, la transferencia de la competencia al Estado miembro en el que dicho menor ha adquirido una nueva residencia habitual a raíz de su traslado o retención ilícitos. Por su parte, el artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003 prevé un mecanismo de cooperación que permite al órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo de un asunto proceder, excepcionalmente, a la remisión del

asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, siempre que este se declare competente en el plazo de seis semanas. La facultad de solicitar la remisión existe también a favor de un órgano jurisdiccional cuya competencia esté basada en el artículo 10 del Reglamento n.º 2201/2003, y no puede excluirse que la remisión se efectúe a un órgano jurisdiccional del Estado miembro al que el menor de que se trate haya sido trasladado ilícitamente por uno de sus progenitores.

No obstante, la remisión en cuestión únicamente puede solicitarse si se cumplen tres requisitos acumulativos y taxativos, a saber, que exista una «vinculación especial» entre el menor y otro Estado miembro, que el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto considere que un órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro está «mejor situado» para conocer de él y que la remisión responda al interés superior del menor afectado, en el sentido de que no pueda incidir negativamente sobre la situación de este. La existencia de un procedimiento de restitución basado en el Convenio de La Haya de 1980, en el que no ha recaído aún una resolución firme en el Estado miembro al que el menor afectado ha sido desplazado ilícitamente por uno de sus progenitores, no puede obstaculizar la remisión en cuestión, pero dicha circunstancia debe ser tomada en consideración al apreciar si se cumplen los requisitos previstos para proceder a la remisión.

4. STJUE (Sala Novena) de 6 de junio de 2024 en el asunto C-381/23, sobre competencia en materia de obligaciones y alimentos y litispendencia.

ZO, demandante en litigio principal, reclama a su madre (sus padres están divorciados) el pago de una pensión alimenticia, oponiendo la madre una excepción de litispendencia porque en la fecha en que se incoó el procedimiento principal ya estaba en curso ante el Tribunal de Primera Instancia de Eupen (Bélgica) un procedimiento incoado por esta contra el padre en reclamación del derecho a indemnización por haber asumido el alojamiento y manutención de su hija desde el 1 de agosto de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018. El Tribunal de lo Civil y Penal de Mönchengladbach-Rheydt (Alemania), órgano jurisdiccional remitente, se declaró inicialmente competente si bien declaró la inadmisibilidad de la demanda por existir una situación de litispendencia. Dicha resolución fue revocada por el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf por considerar que los procedimientos no afectan a las mismas partes y no tienen el mismo objeto ni la misma causa. El órgano remitente alberga dudas sobre la interpretación del artículo 12 del Reglamento 4/2009 por lo que plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial al objeto de que se determine si existe litispendencia en tal supuesto.

El Tribunal de Justicia (Sala Novena) declara:

El artículo 12, apartado 1, del

Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, debe interpretarse en el sentido de que no se cumplen los requisitos para el reconocimiento de una situación de litispendencia previstos en dicha disposición, según los cuales las demandas han de tener el mismo objeto y deben formularse entre las mismas partes, si, en la fecha de la demanda presentada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro por una menor, que entre tanto ha alcanzado la mayoría de edad, por la que reclama el pago de una pensión alimenticia a su madre, esta última ya había presentado una demanda ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro por la que reclama al padre de la menor una indemnización por el alojamiento y la manutención de dicha menor, dado que las pretensiones de las demandantes no persiguen una finalidad idéntica ni se solapan desde el punto de vista temporal. Sin embargo, la inexistencia de una situación de litispendencia, en el sentido del artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 4/2009, no impide la aplicación del artículo 13 de dicho Reglamento si las demandas de que se trata están vinculadas entre sí por una relación lo suficientemente estrecha como para que puedan considerarse conexas, en el sentido de dicho artículo 13, apartado 3, de

modo que, al haberse presentado ante él la demanda posterior, el órgano jurisdiccional remitente podría suspender el proceso.

5. STJUE (Sala Cuarta) de 20 de junio de 2024 en el asunto C-35/23 ([ECLI:EU:C:2024:467](#)), sobre competencia en caso de traslado ilícito de un menor (Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980).

El procedimiento que da origen a la petición de decisión prejudicial se inició por demanda interpuesta por un padre frente a su ex esposa (se dictó sentencia de divorcio con medidas por un tribunal polaco en junio de 2018) en el que solicitó la custodia exclusiva de la hija menor común, el derecho de determinar la residencia de esta y su restitución a Suiza a partir de la fecha de producción de efectos de la resolución. La menor, nacida en el año 2014 y con doble nacionalidad alemana y polaca, al tiempo de interposición de la primera demanda de restitución residía con su madre en Polonia.

Esta demanda venía precedida de una demanda de restitución de la menor que ejercitó en julio del año 2017 a través de la autoridad central Suiza con arreglo al Convenio de la Haya de 1980, la cual fue desestimada por un tribunal polaco, y una segunda demanda de restitución que ejercitó en junio del año 2018 ante la oficina federal de justicia en Bonn (Alemania), de la que desistió. El Tribunal de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno desestimó la demanda del padre basándose en que carecía de competencia

internacional para pronunciarse al respecto. Tal decisión fue recurrida ante el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno que remite la cuestión prejudicial por plantearle dudas si los órganos jurisdiccionales alemanes mantienen su competencia como órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenía su residencia habitual el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 10, letra b), inciso i), del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición no deja de ser aplicable por el mero hecho de que se haya solicitado a una autoridad central de un país tercero la tramitación de un procedimiento de restitución de un menor con arreglo al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, y tal procedimiento haya fracasado. 2) El artículo 10, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no están comprendidas en el concepto de «demanda de restitución» a efectos de dicha disposición ni una demanda

de restitución del menor a un Estado distinto del Estado miembro en el que residía habitualmente ese menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, ni una demanda de custodia de dicho menor presentada ante los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro. 3) El artículo 11, apartados 6 a 8, del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica cuando se tramita un procedimiento de restitución de un menor, en virtud del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, entre un país tercero y un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra ese menor a raíz de un traslado o una retención ilícitos.

III. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. STS 26/2024, 14 de febrero, sobre conflicto entre progenitores sobre escolarización de menor, su formación religiosa y moral.

2. STC 28/2024, de 27 de febrero, adopción de cónyuge al hijo del esposo nacido en Ucrania a raíz de contrato de gestación por sustitución con renuncia de la gestante a la filiación materna con filiación paterna del esposo.

3. SSTC 38/2024 de 20 de abril, 58/2024 de 8 de abril. Se reitera doctrina contenida en las SSTC 148/2023, de

6 de noviembre, 160/2023, 162/223 de 20 de noviembre, y SSTC 180 a 186/2023, de 11 de diciembre, sobre inoculación de vacuna contra COVID a menores de edad y ejercicio de la patria potestad.

Todos los referidos recursos de amparo se desestimaron. En todas ellas, se resuelven sendos recursos de amparo respecto a la administración a menores de la vacuna frente a la Covid-19.

4. STC 53/2024, de 8 de abril, sobre derecho de visitas de padre cumpliendo pena de prisión.

5. STC 82/2024 de 3 de junio, solicitud de acogimiento de abuelos.

III. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. Cuestiones de competencia

a. ATS de 12 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:11002A)

En el caso de que se discuta la competencia penal relativa a los hechos constitutivos de violencia sobre la mujer entre dos juzgados, la competencia civil para conocer del divorcio le corresponderá al Juzgado de 1ª Instancia hasta que se resuelva cuál es el juzgado de violencia sobre la mujer territorialmente competente.

b. ATS de 10 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:12855A)

El supuesto de hecho es el siguiente: el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Cartagena dicta Sentencia de medidas

paternofiliales. Posteriormente la mujer y los hijos trasladan su domicilio a Castellón. El procedimiento penal está en trámite por lo que la competencia objetiva le corresponde a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la discusión versa sobre si le corresponde a Castellón actual lugar de residencia o a Cartagena que fue quien dictó la Sentencia cuya modificación se interesa.

La competencia civil para conocer del divorcio le corresponderá al Juzgado de 1ª Instancia hasta que se resuelva cuál es el juzgado de violencia sobre la mujer territorialmente competente.

El TS considera que es de aplicación el art. 775 LEC, el cual, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, determina:

“[...] El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas[...]”.

Por ello la competencia es del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Cartagena.

2. Nulidad matrimonial

STS 91/2024, de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2024:241). Nulidad matrimonial promovida por hijo del esposo fallecido.

En un procedimiento de nulidad matrimonial por falta de consentimiento matrimonial iniciado por el hijo del esposo tras su fallecimiento, se plantea como cuestión jurídica la caducidad de la acción de nulidad, apreciada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida por aplicación del régimen de anulabilidad previsto para los contratos celebrados con vicios del consentimiento. Recurre en casación el hijo demandante, y su recurso se estima. Se declara, FD Cuarto:

«[...]5. El derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, requiere para su ejercicio que la persona goce de capacidad para consentir el matrimonio, para comprender el sentido y efecto de su decisión. El respeto de los derechos de la persona con discapacidad, y especialmente el de sus derechos fundamentales, y el respeto a su dignidad y a que la persona no sea instrumentalizada exige también la garantía de que la voluntad que expresa se haya podido formar verdaderamente. En este caso, el examen detenido

de toda la prueba permite llegar a la conclusión de que la presunción legal de capacidad para prestar consentimiento ha quedado cumplidamente desvirtuada.

La capacidad para consentir el matrimonio se refiere de manera específica a comprender el sentido y efecto de la decisión de contraer matrimonio, y ni el estar incapacitado conforme al sistema derogado por la Ley 8/2021 ni el padecer enfermedad mental son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio. Pero es difícil apreciar que el Sr. S contara con la capacidad natural de querer y entender el matrimonio en atención a todos los datos médicos, psico-sociales y familiares referidos (incluidos el apartamiento de su familia y la desposesión de su dinero desde el año 2009, constatadas en la sentencia de apelación que decretó la nulidad del testamento), así como en atención a la cronología de todo lo sucedido.

[...]

Es cierto que no se apreció en la tramitación del expediente matrimonial la imposibilidad del Sr. S de prestar consentimiento matrimonial, pero también es verdad que el encargado del Registro civil no pudo contar con todos los datos de carácter médico, familiar y social que se han acreditado en este procedimiento para valorar si la solicitud de contraer matrimonio respondía a la expresión de la voluntad libremente formada. Debemos observar que si el hecho

de no haberse apreciado la falta de aptitud para emitir consentimiento matrimonial en la tramitación del expediente impidiera declarar judicialmente la nulidad, el régimen de nulidad del art. 73 CC quedaría sin contenido..»

3. Filiación

a. STS 351/2024, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1436), sobre filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. Acción de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera pareja de la madre.

Se reitera la doctrina de SSTS 45/2022 de 27 de enero, y 558/2022 de 11 de julio.

«Debemos observar que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disp. final vigésima de la ley), lo que tuvo lugar el 1 de marzo de 2023.

Obviamente, por razones temporales, la nueva regulación no estaba en vigor cuando nació Nil, pero con los hechos que constan en las actuaciones, contra lo que dice la recurrida, tampoco concurren las circunstancias para la determinación de la filiación de la demandante.

Por lo que aquí interesa, con el fin declarado en su preámbulo de «permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial», la Ley

4/2023, de 28 de febrero (que no ha modificado el art. 7.3 LTRHA), ha dado nueva redacción al art. 120 CC y al art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que quedan redactados de la siguiente manera:

«Artículo 120.1.º CC. La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

»Artículo 44.4.I y III.b) [Inscripción de nacimiento y filiación] de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (...)

»La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: (...) b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.

La doble maternidad no matrimonial (en el caso que juzgamos las litigantes no estaban casadas), conforme al nuevo art. 120.1º CC requiere la

declaración conforme realizada por la madre no gestante en el momento de la inscripción del nacimiento en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. Y conforme al nuevo art. 44.4.III.b) LRC, para la inscripción de tal filiación es preciso que no exista controversia y que se cumplan, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia, es decir, que conforme al art. 124 CC se cuente con el consentimiento expreso del representante legal del menor (o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido). En el caso resulta poco creíble, contra lo que apunta la recurrida, que aun de estar en vigor la nueva ley, que no lo estaba, hubiera tenido lugar la determinación extrajudicial de su maternidad en el momento de practicar la inscripción de Nil, para lo que necesitaría el consentimiento de la madre quien, días antes del nacimiento de su hijo procedió a otorgar testamento en el que, para el caso de que le sucediera algo, designa tutora a su madre, abuela del niño, y descarta a la demandante por considerar que no estaba capacitada para compartir la maternidad de su hijo.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, ha introducido también en el art. 44.6 LRC (de conformidad con el nuevo art. 124.II CC) el reconocimiento en cualquier tiempo, después de la inscripción del nacimiento, como título de determinación de la doble maternidad, pero dada la aplicación

del régimen del reconocimiento, en atención a la relación entre las litigantes, resulta obvio que la demandante no cuenta con el consentimiento de la madre demandada:

«Artículo 44.6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: «El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. (...). Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

»Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

»1.ª Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.

»2.ª Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre

o de su familia.

»3.ª Respecto de la madre o persona trans gestante, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

»Formulada oposición, la inscripción de la filiación solo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil»

El recurso de casación se estima, así como el recurso de apelación interpuesto por la demandada y se desestima la demanda, al no darse los presupuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado.

b. STS 917/2024 de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2024:4121), sobre atribución de los apellidos.

Se declara que a la vista de las circunstancias del caso, se desestima que la menor mantenga como primer apellido el segundo de la madre que llevó a cabo la inscripción de su nacimiento, con sus dos apellidos invertidos, de forma unilateral y manteniendo al margen al padre. Se considera que lo más beneficioso para la menor es que su primer y segundo apellido sean los respectivos primeros del padre y de la madre. La Sala lo resuelve en los siguientes términos:

«[...]En un supuesto como el presente en el que, como observa el fiscal, queda acreditada la actuación unilateral de un progenitor al fijar los apellidos, no ha habido dilación en el ejercicio de las acciones de filiación

y por razón de la edad de la menor no hay una consolidación del uso del apellido, el superior interés de esta aconseja establecer como primer apellido el del progenitor preterido, «para contribuir a fortalecer los (ya injustificada e innecesariamente debilitados) vínculos con el mismo.». Y establecer como segundo apellido de la niña el primero de la madre y no el segundo también es, en este caso, lo más beneficioso para ella, ya que de esta forma podrá compartir su segundo apellido con sus hermanos de vínculo sencillo, como también observa el fiscal».

En consecuencia, el recurso de casación interpuesto por la madre se desestima.

c. STS 1141/2024 de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2024:4370), sobre mención de lugar de nacimiento de menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada con filiación paterna biológica y adopción del cónyuge.

Se resuelve por la Sala del TS, con la aplicación analógica de las normas de la Ley del Registro Civil que permiten, en el caso de adopción internacional, la modificación de la mención registral del lugar de nacimiento, sustituyéndola por la del lugar del domicilio de los padres para proteger el derecho a la intimidad del menor respecto de menciones registrales que pongan de manifiesto el carácter adoptivo de la filiación y la gestación por sustitución.

4. Privación de patria potestad.

a. STS 106/2024, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2024:433). Falta de interés, de contacto y de preocupación por la manutención y bienestar del hijo menor desde el mismo momento del nacimiento.

Se reitera doctrina de la sala contenida en STS 514/2019 de 1 de octubre, que cita la 621/2025 de 9 de septiembre que a su vez remite a la 291/2019 de 23 de mayo. La sala considera que, en el caso, el beneficio e interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada. Declara:

«1.- El art. 170 CC prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

»3.- A la hora de valorarse alcance y

significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la sala (STS de 6 febrero 2012, rec. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el art. 170 CC, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo, dijo que la amplitud del contenido del art. 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]."

»Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor. Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

»4.- Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre, confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo)».

b. STS 129/2024, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:694), en relación al valor de los informes psicosociales, el interés superior del menor y su correspondencia con otros derechos.

En esta resolución la Sala declara lo siguiente:

«El interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, «[t]oda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4)».

[...]

Más recientemente, las SSTS 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre, se expresan en el

mismo sentido, al señalar que:

«Dado el carácter de principio general, de "cláusula general" y "principio jurídico indeterminado" que puede atribuirse a la protección del interés del menor es preciso llenar su contenido. En cada caso concreto hay que identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias. El art. 2 LOPJM recoge algunos de los criterios generales que pueden servir para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor. Se trata de criterios que habían venido siendo tenidos en cuenta en las decisiones de los tribunales».

»[...]En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, «[h]a de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio» (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

»[...] las SSTS 258/2011, de 25 de abril, 823/2012, de 31 de enero de 2013, y 569/2016, de 28 de septiembre, afirman que «[l]a protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público» y, por su parte, la STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como «[e]statuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional». También, STC 614/2009, de 28 de septiembre.

La STS 251/2018, de 25 de abril, insiste en tal concepción, al señalar que:

(...)

En este sentido, el art. 2.4 de la LO 1/1996, norma que:

«[e]n caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados».

(...)

(viii) Susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas

La determinación del interés superior del menor no es una simple labor de interpretación jurídica, sino de apreciación circunstancial, en donde el auxilio de otras disciplinas tiene campo abonado de ponderación, y, entre ellas, la psicología ocupa un papel destacado. De esta forma, la sentencia 545/2022, de 7 de julio, refiere a dicha a ella, «como ciencia de la conducta que permite hacer predicciones razonables del comportamiento futuro de las personas».

En cualquier caso, los informes psicosociales elaborados deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como

ocurre con los demás informes periciales, conforme a las reglas de la sana crítica (SSTS 660/2011, de 5 octubre 795/2011, de 18 de noviembre; 465/2015, de 9 de septiembre; 135/2017, de 28 de febrero; 318/2020, de 17 de junio), así como someterlos a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito, pues en otro caso sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional (STS 705/2021, de 19 de octubre).

En necesario, pues, deslindar adecuadamente el rol procesal que corresponde al perito en el proceso, sin que quepa, como es evidente, consagrar una suerte de usurpación de la función jurisdiccional por aquél y, de esta manera, nos pronunciamos en la sentencia 1377/2007, de 5 de enero, cuya doctrina se reproduce en las sentencias 706/2021, de 19 de octubre y 544/2022, de 7 de julio, en las que sostuvimos que no puede atribuirse un valor inconcuso a los dictámenes periciales, puesto que: a) «[l]a función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial» (SSTS, entre otras muchas, de 30 de marzo de 1984 y 6 de febrero de 1987); b) que tal función del juzgador «[e]stá sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las

personas y a la obligación de motivar las sentencias».

CUARTO.- Significado del interés superior del menor

En definitiva, como señala la STS 625/2022, de 26 de septiembre:

«La falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores.

»Es necesario, por consiguiente, preservar a los menores a la exposición de situaciones de riesgo cara a una deseada inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas. Todo ello sin perder además la perspectiva de que los niños y las niñas son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y, como tales, indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5).

»El menor, como individuo en formación, precisa pues de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en

desarrollo que es necesario preservar. En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece, como manifestaciones de dicho interés, "promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad"; "minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro"; así como la "preparación del tránsito a la edad adulta e independiente".

»En definitiva, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que aquellos sean debidamente respetados, y siempre, además, previa audiencia de los menores con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan.

(...)

QUINTO.- El interés preferente del menor puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos

En efecto, pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación de tal régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto «[s]on las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor» (STS 170/2016, de 17 de marzo).

(...)

La STS 625/2022, de 26 de septiembre, en un caso similar al presente, acordó la suspensión del régimen de visitas, ponderando el interés superior de la menor en las circunstancias concurrentes: a) existencia de episodios de violencia de género; b) características patológicas de la personalidad del demandado y las correlativas dificultades de control de los impulsos y su reticencia a los tratamientos; c) desinterés parental con respecto a la menor; d) falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor y enfrentarse a las carencias de éste en el desempeño del rol de padre y características de su personalidad y e) prevalencia del interés de la niña. Y, en este sentido, concluyó:

«No consideramos, en el contexto descrito, que deba alterarse el orden lógico de las cosas, y, de esta manera, comprobar la evolución del padre en los contactos supervisados con su hija, asumiendo esta los peligros ciertos que, para el desarrollo futuro de su personalidad, padezca, derivados de la falta de habilidades y condicionantes de la personalidad de su progenitor, en vez de que sea este, previamente, quien supere los actuales factores de riesgo que, notoriamente, concurren en su persona, para asumir el rol del padre en beneficio de la menor, aceptando el sometimiento a los tratamientos que precisa para superar las disfunciones que padece a los efectos de disfrutar un régimen de comunicación con su

hija que le sea beneficioso a la niña y querido por su progenitor».

c. STS 379/2024, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1580). Suspensión del régimen de visitas entre el padre e hijo menor por el bienestar y estabilidad del conjunto familiar, por riesgo autolítico de la hija menor, así como las relaciones entre los propios hermanos.

«[...]Por todo ello, no compartimos el criterio de la audiencia de que no existen obstáculos actuales para llevarse a efecto un régimen de comunicación padre e hijo menor. Es cierto que la STC 106/2022, de 13 de septiembre, descartó la inconstitucionalidad del art. 94, párrafo cuarto, del CC, precisamente al regular la posibilidad de que el juez, en interés del menor, pueda fijar motivadamente un régimen de visitas a favor del progenitor inmerso en un procedimiento penal de la naturaleza expuesta en el mentado precepto, pero en dicha sentencia se razona:

«En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor 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 sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género [...]

»Ciertamente en alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos».

Ahora bien, en virtud del conjunto argumental reflejado en la fundamentación de la presente resolución, consideramos que procede la suspensión del régimen de visitas entre el padre e hijo menor por el bienestar y estabilidad del conjunto familiar, en el que se encuentran insertos los hijos de los litigantes y las múltiples conexiones concurrentes, como son el importante riesgo autolítico de la hija menor, así como las relaciones entre los propios hermanos que, en otro caso, resultarían perturbadas por el

rechazo y conflicto que se generaría entre el benjamín de la familia y sus hermanos, dada la abierta hostilidad de éstos con el progenitor común, constituyendo interés también del pequeño mantener estrechos vínculos de afectividad y unión con su hermanos mayores con los que vive en armonía y que conforman su referencia más inmediata en la integración futura en la vida social; todo ello, sin perjuicio, en su caso, de su ulterior revisión en función de cómo vaya evolucionando el contexto relacional ponderado bajo las premisas antes expuestas.

Por todo ello, entendemos procede la suspensión actual del régimen de visitas, dado que el interés superior de los menores afectados por la presente controversia judicializada, en la que no está exclusivamente inmerso el demandado y su hijo menor, sino que se extiende a los otros hijos de los litigantes en unas complejas circunstancias derivadas del hecho traumático sufrido por la hija adolescente, que se encuentra sub iudice, así lo determina».

d. STS 915/2024 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3546), referida a un caso de violencia de género cronificada

e. STS 981/2024 de 10 de julio, (ECLI:ES:TS:2024:4147) relativa a suspensión del derecho de visitas en función de la sentencia penal pendiente por presuntos malos tratos al hijo de los litigantes, y en la que no solo se

revoca la custodia compartida sino que suspende el derecho de visitas.

5. Derecho de audiencia al menor

STS 731/2024 de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2896)

Se estimó el recurso al no practicarse, y se devuelve actuaciones a la Audiencia Provincial de origen. Se declara por la Sala lo siguiente:

«[...]El Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 53/2024, de 8 de abril, con cita de la 5/2023 y la 141/2000, que:

«[e]l derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos [...] existiendo una estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado, que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (art. 24.1 y 2 CE).».

Y nosotros en la sentencia 984/2023, de 20 de junio, hemos dicho:

«Esta sala se ha ocupado, igualmente, de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho, siendo manifestación, al respecto, la contenida 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; 548/2021, de 19 de

julio, y 577/2021, de 27 de julio, entre otras, de las que cabe extraer, en lo que ahora nos interesa, a modo de líneas directrices, las dos siguientes premisas:

»(i) la audiencia 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 prescinda de su audiencia 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.

»No es de extrañar, entonces, que en sentencias tales como las 548/2021, de 19 de julio, 577/2021, de 27 de julio y 308/2022, de 19 de abril, se decretase la nulidad de actuaciones para dar audiencia a los menores sobre las medidas que les afectaban personalmente».

En el presente caso no se ha oído de forma directa e inmediata al menor (que tenía más de diez años cuando se dictó la sentencia de primera

instancia y más de doce cuando se pronunció la de apelación) ni se ha resuelto de forma motivada sobre dicha falta de audiencia. Nada han hecho ni dicho al respecto el órgano de primera instancia y el tribunal de apelación. Y esta doble omisión no es correcta, ya que no se ajusta a la normativa legal y a la doctrina jurisprudencial recién citada y de aplicación.

Por lo tanto, procede estimar el recurso de casación y anular la sentencia recurrida con retroacción de las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la modificación de medidas, el tribunal de segunda instancia haga efectivo el derecho del menor a ser oído sobre la custodia compartida y la ampliación del régimen de visitas con la posibilidad de poder conocer de forma directa e inmediata sus opiniones y deseos al respecto».

6. Guarda y custodia: alimentos

a. STS 92/2024 de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2024:240). Alimentos a favor de hijo no matrimonial que, durante la tramitación del procedimiento, alcanzó la mayoría de edad. Alcance de los alimentos de hijos menores de edad y mayores de edad. Legitimación para reclamarlos. Proporcionalidad

Respecto de la legitimación resuelve lo siguiente:

«El art. 93.II CC y la jurisprudencia

de esta sala exigen para reconocer la legitimación de un progenitor en orden a reclamar alimentos para hijos mayores de edad, que convivan con dicho progenitor y que sea el mismo progenitor quien los perciba y administre (sentencias 411/2000, de 24 abril, 156/2017, de 7 de marzo). Como explica la sentencia 291/2020, de 12 de junio, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma solo se excluye de la posibilidad de que el progenitor solicite alimentos para el hijo mayor de edad en los casos en que el mismo viva de forma independiente de la familia. Es la ruptura de la convivencia de los progenitores la que determina que el progenitor obligado -en este caso el padre- no haga frente directamente a sus gastos de mantenimiento, lo que implica la necesidad de la pensión, sin necesidad de obligar al hijo a formular por sí una demanda de petición de alimentos de conformidad con lo dispuesto en el art. 142 y ss. CC».

En relación con la contribución de los progenitores a los alimentos del hijo, declara:

«[...]2. Decisión de la sala. Desestimación del motivo. El motivo se desestima porque, como hemos venido reiterando, el recurrente prescinde de que la sentencia recurrida parte de que desde el cese de la convivencia «more uxorio» de la pareja el hijo convive con la madre, y expresamente afirma que en la actualidad ningún dato

apunta a que comparta la estancia con el padre. De ahí la afirmación de la legitimación de la madre para exigir alimentos al padre conforme al art. 93.II CC y la improcedencia de aplicar la jurisprudencia sobre custodia compartida en caso de hijos menores. En todo caso, y por lo que se refiere al juicio de proporcionalidad, como hemos explicado al resolver el motivo anterior, la sentencia recurrida no cuestiona los ingresos de la madre que fueron tenidos en cuenta por la sentencia de primera instancia, y si suprime la obligación de la madre de abonar alimentos en metálico es porque considera que los presta mediante la convivencia con el hijo y lo que ello comporta”.

Respecto del principio de proporcionalidad se reitera la doctrina de la Sala:

«como recuerda la sentencia 573/2020, de 4 de noviembre, con cita de la sentencia 30/2019, de 17 de enero, el juicio de proporcionalidad en la fijación del «quantum» de pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado, a salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad, lo que no es el caso de autos».

b. STS 489/2024 de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2024:1957) sobre proporcionalidad de los alimentos.

Se aprecia por la Sala, incongruencia interna y falta de motivación de la sentencia, por lo que se estima el recurso

de casación, al realizarse un juicio de proporcionalidad ajeno a todo canon de racionalidad. Se reitera la doctrina jurisprudencial que declara que «el juicio de proporcionalidad en la fijación del quantum de pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado, a salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad (por todas, sentencia 92/2024, de 24 de enero)».

c. STS 754/2024 de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:3044), sobre custodia compartida y proporcionalidad de alimentos.

Se declara lo siguiente:

«[...]Es cierto que la jurisprudencia ha declarado, por ejemplo, en las SSTs 338/2022, de 28 de abril; 607/2022, de 16 de septiembre, y 866/2022, de 9 de diciembre, que «la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores (art. 146 del C. Civil)»; pero, en este caso, dicha desproporción no se aprecia, sino que los ingresos son similares, aun cuando los de la demandada sean ligeramente superiores, pero no en una cantidad tan discordante que la atribución paritaria sea desproporcionada, máxime cuando el demandante desarrolla, en ocasiones, actividades de formación por las que obtiene ingresos adicionales a su nómina.

Es cierto, como recuerdan las sentencias 30/2019, de 17 de enero; 573/2020, de 4 de noviembre y 92/2024, de 24 de enero, que el juicio de proporcionalidad en la fijación del

quantum de pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado, a salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad, lo que acontece, en el caso de autos, en el que se prescinde de la prueba practicada, y la audiencia confirma la sentencia del juzgado, que tampoco valora la prueba al respecto, con el escueto argumento de que:

«Siendo la contribución económica en el concepto de prestación por distribución de alimentos entre los progenitores acorde al principio de proporcionalidad de los artículos 145 y 146 del Código Civil, al no eximir la guarda y custodia compartida del pago a la prestación de alimentos; al regular las diferencias de ingresos de uno y otro progenitor».

Tampoco, cabe devolver los alimentos satisfechos, pues la revisión de las sentencias a través del sistema de recursos desencadena sus efectos desde que son dictadas, por lo que se desestima la pretensión de que la demandada abone 300 euros mensuales hasta equipararse a los satisfechos por el demandante (STS 412/2022, de 23 de mayo, entre otras muchas).»

d. STS 980/2024 de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4141), sobre medidas paternofiliales. Determinación temporal de los efectos del incremento de los alimentos en apelación.

Interesa esta última cuestión y a tal efecto se declara en el FD Séptimo:

«[...]3.Las sentencias 482/2024, de 9 de abril, y 6/2024, de 8 de enero, con cita de la sentencia 412/2022, de 23 de mayo, recuerdan la jurisprudencia de la sala sobre la cuestión debatida: «(i) Los alimentos cuando se fijan, por primera vez, se devengan desde la fecha de interposición de la demanda en aplicación del art. 148.1 CC, incluso cuando sean establecidos por la Audiencia, al haber sido desestimados por el juzgado. (...)

»(ii) Cuando los alimentos fijados en primera instancia se elevan o reducen en segunda instancia, el importe fijado por el tribunal provincial se devenga desde la fecha de la sentencia de la alzada, no desde la dictada en primera instancia.

»En efecto, ya sea por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, "[...] cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" (sentencias 162/2014, de 26 de marzo y 573/2020, de 4 de noviembre).

»Por eso, la elevación de cantidad fijada en apelación solo opera desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, así nos pronunciamos en la sentencia 575/2019, de 5 de noviembre) (...)

»(iii) Las sucesivas modificaciones de la cuantía de los alimentos, en

virtud de procedimientos de revisión por alteración sustancial de circunstancias, desencadenan su eficacia a partir del momento en que fueron dictadas.

»Así, en las sentencias 86/2020, de 6 de febrero, y 644/2020, de 30 de noviembre, proclamamos: "Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación".

»(iv) Todo ello, sin perjuicio de descontar las cantidades abonadas en concepto de alimentos por el condenado a su abono para evitar pagos duplicados de la misma prestación. (...)

»Así, en la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, dijimos: "Sin embargo, sí debe estimarse parcialmente el motivo, en el sentido de que habrá de descontarse lo pagado en concepto de alimentos en virtud de medidas coetáneas a la interposición a la demanda, tal y como se solicita, para evitar el pago duplicado (sentencia 600/2016, de 6 de octubre, y las que ella cita)". Cabe, en consecuencia, descontar las que se venían abonando durante la sustanciación del procedimiento siempre claro está cuando se demuestre cumplidamente el pago por quien lo invoca. (...)

»(v) No procede la devolución de los alimentos consumidos aunque la obligación de prestarlos fuera redu-

cida o extinguida».

En la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, atribuimos efectividad a la pensión de alimentos fijada en la sentencia de segunda instancia desde la interposición de la demanda (porque en el caso la sentencia del juzgado no fijó alimentos), si bien precisando que se debía descontar lo abonado en virtud del auto de medidas coetáneas a la interposición de la demanda, para evitar el pago duplicado (con cita de la 600/2016, de 6 de octubre).

Para los casos en los que la obligación de alimentos se hubiera concretado provisionalmente en un auto de medidas provisionales previas, la sentencia 573/2020, de 4 de noviembre, reitera la doctrina de la sentencia 86/2020, de 6 de febrero, que declaró:

«No puede entenderse que la sentencia de primera instancia haya recaído en un proceso diferente al de medidas provisionales previas, pues estas son unas medidas cautelares previas y conexas con el procedimiento principal (arts. 771.5 y 772.1 LEC). Por ello, tratándose del mismo proceso ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.

»La medida cautelar tiene condición accesoria del proceso principal cuyo

resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. Por ello, debe responder a un criterio de proporcionalidad con la finalidad que persigue. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere (art. 726.1.1.º LEC).

»Su accesoriidad viene confirmada por el art. 770.4 LEC al permitir su subsistencia sólo si en el plazo de 30 días se interpone la demanda.

»Los arts. 106 CC y 773.5 LEC no recogen un planteamiento diferente, pues supeditan los efectos de las medidas provisionales a lo que definitivamente se establezca en sentencia y, en este caso, en la sentencia se establece que los alimentos que ella fija se abonarán desde la interposición de la demanda, al imponer ese criterio el art. 148 del CC».

La sentencia 914/2022, de 15 de diciembre, considerarse extensiva la doctrina a las medidas provisionales coetáneas del art. 773 LEC y a las del art. 775.3 LEC, pues tampoco en su caso la sentencia de primera instancia recae en un proceso diferente, sino en el mismo proceso en el que se acuerdan estas, por lo que, igual que cuando se trata de medidas provisionales previas, ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido de que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico

provisional.».

7. Guarda y custodia: atribución del uso de la vivienda.

a. STS 757/2024 de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:3298), sobre modificación de medidas definitivas de procedimiento de divorcio, en relación a la limitación temporal del uso de la vivienda familiar adjudicada a la madre e hijo con discapacidad.

En esta importante sentencia se recoge de manera muy completa toda la doctrina de la Sala sobre el uso de vivienda familiar, en las diferentes hipótesis en que nos podemos encontrar:

En la sentencia del pleno de esta Sala 1.ª 859/2009, de 14 de enero de 2010, nos pronunciamos sobre la naturaleza jurídica de la atribución del derecho de uso del art. 96 del CC, con la finalidad de aclarar y fijar el correspondiente criterio jurisprudencial al respecto, dadas las implicaciones que de tal calificación se derivan, y, en este sentido, señalamos que no constituía un derecho real, sino un derecho de naturaleza familiar, que no implica más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge. La atribución de la vivienda familiar será inscrita en el Registro de la Propiedad (arts. 96.3 CC y 755 LEC). En la sentencia 526/2023, de 18 de abril, señalamos sobre tal cuestión que:

«La inscripción del derecho de

uso en el registro de la propiedad, como restricción de las facultades dispositivas del cónyuge titular de la vivienda, tiene como finalidad hacer efectiva dicha limitación del dominio, y garantizar, de esta manera, su oponibilidad frente a terceros a través de la garantía que implica la publicidad registral.

»De esta forma, en los supuestos en que la atribución judicial del uso acceda al registro, no cabrán inscripciones de los actos de enajenación o gravamen posteriores llevados a efecto, de forma unilateral, por el titular registral, sin el consentimiento del otro cónyuge o excónyuge; o, en su caso, autorización judicial. En el supuesto de contarse con el consentimiento del cónyuge titular del uso operará el art. 76 LH. En los procesos de ejecución forzosa podrá oponerse frente a titulares de derechos que accedan posteriormente al registro.

»Ahora bien, de tal régimen jurídico no cabe deducir que el precitado uso constituya un atípico derecho real, de forma que quien lo ostente deba ser parte necesaria en el proceso de ejecución hipotecaria, como tampoco lo son los titulares de otros derechos o cargas inscritos».

Paulatinamente, la jurisprudencia abordó la decisión de las contiendas, que suscita la atribución del uso de la vivienda familiar, mediante la interpretación del incompleto e insuficiente marco normativo que brinda el art. 96 del CC, no sin lamentar su parca regulación de la que es expresión la STS 488/2020, de

23 de septiembre, en la que se señaló que:

«[...] la medida relativa a la vivienda familiar es origen, en general, de tensiones y conflictos entre los excónyuges que tenían en ella la sede del núcleo familiar.

»De ahí que la doctrina postule que el legislador aborde una nueva regulación sobre la materia, pues las nuevas realidades familiares y de uniones de pareja así lo demandan; y todo ello en estrecha relación con la superior protección del interés del menor; conciliando los intereses en conflicto y poniendo coto a un nicho de litigios y de tensiones deplorables, y a veces reprobables».

Expondremos brevemente la doctrina existente al respecto, para obtener las ulteriores conclusiones para la decisión del recurso que ahora nos ocupa.

3.1 Concepto de vivienda familiar.

Conforme reiterada jurisprudencia se entiende por vivienda familiar la habitada por los progenitores e hijos hasta la ruptura del matrimonio (sentencias 42/2017, de 23 de enero; 517/2017, de 22 de septiembre y 356/2021 de 24 de mayo), sin que quepa en los procedimientos matrimoniales hacer atribución de viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar (sentencias 340/2012, de 31 de mayo, 129/2016, de 3 de marzo, 598/2019, de 29 de octubre y 654/2019, de 11 de diciembre).

3.2 Vivienda familiar titularidad de

terceros.

En estos casos, no entra en juego el art. 96 del CC, y procede el ejercicio de las acciones de precario cuando no exista título que justifique la posesión cedida, con búsqueda de la solución de estos conflictos en el marco del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia (SSTS del pleno de 18 de enero de 2010 [RC n.º 1994/2005], 178/2011, de 18 marzo y 695/2011, de 10 de octubre)

3.3 La atribución de la vivienda familiar a los hijos comunes en los supuestos de guarda y custodia monoparental constituye una manifestación del principio favor filii.

Nos pronunciamos en tal sentido, por ejemplo, en la sentencia 1153/2023, de 17 de julio, que cita como antecedentes la doctrina iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, posteriormente reiterada por otras muchas (241/2020, de 2 de junio, 351/2020, de 24 de junio, y 861/2021, de 13 de diciembre, entre otras). Y de esta manera, en palabras de la sentencia 351/2020, de 24 de junio:

«[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC. »[...] esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores

mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor».

3.4 Existencia de supuestos específicos que permiten excepcionar esta regla general de atribución: uso con custodia monoparental con satisfacción de la necesidad de vivienda del menor de otra forma. Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida. Otro, que el hijo no precise la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 CCCat, cuando establece que, en el caso de que las otras residencias

sean idóneas para satisfacer las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por otra residencia más adecuada; y, en cierta forma, también, en el art. 81.1 CDF aragonés (SSTS 695/2011, de 10 de octubre, 426/2013, de 17 de junio, 284/2016, de 3 de mayo, 861/2021, de 13 de diciembre y 1153/2023, de 17 de julio, entre otras).

3.5 Supuesto en que los hijos menores alcanzan la mayoría de edad.

El Tribunal Supremo había abordado tal cuestión, antes de la reforma del art. 96 del CC, por la ley 8/2021, de 2 de junio, por ejemplo, en la sentencia 138/2023, de 31 de enero, según la cual:

«La jurisprudencia de la sala también ha entendido, para cuando se supera la menor edad de los hijos, que la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refería el del art. 96.III CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello "parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el

tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes" (sentencias 624/2011, de 5 de septiembre, 707/2013, de 11 de noviembre, 315/2015, de 29 de mayo, 390/2017, de 20 de junio, y 527/2017, de 27 de septiembre, entre otras)».

En coherencia con lo expuesto, la STS 741/2016, de 21 de diciembre, aclara que:

«[...] la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC».

De igual forma, ha tenido oportunidad de expresarse el Tribunal Constitucional en su sentencia 12/2023, de 6 de marzo (FJ 6), al señalar que:

«La prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes. Esta misma interpretación es la que ha venido realizando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en todas aquellas ocasiones en las que se le ha planteado este supuesto, expresando que "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del Código civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda

familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1 sino del párrafo 3 del artículo 96 CC" (sentencia de 11 de noviembre de 2013)».

Actualmente, tal cuestión ha quedado zanjada por la nueva redacción del art. 96.1 CC, dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en cuyo primer inciso se dispone que:

«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad».

3.5 Supuestos de la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida.

Este supuesto específico, no contemplado en el art. 96 CC, fue tratado, entre otras muchas, en las sentencias 558/2020, de 26 de octubre; 438/2021, de 22 de junio; 870/2021, de 20 de diciembre; 314/2022, de 20 de abril; 835/2022, de 25 de noviembre y 138/2023, de 31 de enero, entre otras muchas.

En estos casos, no es de aplicación el párrafo primero del art. 96 del CC, que se refiere a la custodia exclusiva. Tampoco el párrafo segundo del art.

96 (matrimonio sin hijos). Con lo que se acude, por razón de analogía, al actual párrafo cuarto del apartado 1 del art. 96 (atribución de la custodia de los hijos entre los progenitores), en cuyo caso «la autoridad judicial resolverá lo procedente».

Para tomar la decisión oportuna se atenderá a estos factores: el interés más necesitado de protección (riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida) y la titularidad de la vivienda (privativa o común), pero siempre con fijación de plazo.

Y así, con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril; 545/2016, de 16 de septiembre; 314/2022, de 20 de abril; 556/2022, de 11 de julio y 138/2023, de 31 de enero); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 15/2020, de 16 de enero; 558/2020 y 870/2021, de 20 de diciembre y 835/2022, de 25 de noviembre); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero), o, en fin, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado y atención a lo postulado por las partes.

3.7 Atribución de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida bajo modalidad de casa nido.

Son los supuestos en los que se atribuye la vivienda familiar a los hijos, de manera que son los padres los que conviven con ellos, en el hogar otrora familiar, cuando les corresponda su custodia.

Esta cuestión fue abordada por la STS 870/2021, de 20 de diciembre, en la que advertimos que su fijación 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».

3.8 Atribución de la vivienda familiar a uno de los progenitores en la que convive con los hijos comunes y una nueva pareja.

La STS de Pleno 641/2018, de 20 de noviembre -doctrina reiterada en las SSTS 568/2019 de 29 de octubre y 488/2020 de 23 de septiembre- se pronunció, al respecto, al entender que una situación de tal clase implica la pérdida de la condición de vivienda familiar.

3.9 Atribución del uso a la esposa sin limitación temporal infringe el art. 96 CC.

En este sentido, es jurisprudencia asentada la que sostiene, sin fisuras, que considerar que la esposa, por ser titular del interés más digno de protección, cabe adjudicarle sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar, infringe la doctrina de la

sala (sentencias 73/2014, de 12 de febrero, 176/2016, de 17 de marzo, 31/2017, 33/2017; 34/2017, de 19 de enero; 390/2017, de 20 de junio y 527/2017, de 27 de septiembre).

3.10 Hijos discapacitados.

La jurisprudencia abordó tal cuestión, antes de la nueva redacción del art. 96 por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en las SSTS 31/2017 de 19 de enero y 167/2017, de 8 de marzo.

Y así, en la primera de las mentadas resoluciones, que fue dictada por el pleno de la Sala, se razonó que:

«El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

»Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre y marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

»No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al

menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.

»Esta equiparación la hizo esta sala en las reseñadas sentencias supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. «Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes, al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», dice la sentencia 372/2914 de 7 de julio.

»El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e

integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

»Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades

de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

»El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos».

3.11 Conclusiones de la jurisprudencia expuesta.

De la jurisprudencia expuesta, se deduce que la interpretación del art. 96 del CC no se concilia con una adjudicación temporalmente ilimitada del uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de respetar los pactos voluntariamente asumidos por las partes aprobados por el juez. Así resulta de la circunstancia de que la atribución vinculante de la vivienda familiar a los hijos menores opera hasta que éstos alcanzan la mayoría de edad. Su adjudicación, en los supuestos de custodia compartida, debe ser temporalmente limitada en atención a las circunstancias concurrentes. Igualmente, así sucede, en el supuesto de que se confiera su uso al cónyuge más necesitado de protección. Los terceros, titulares de la vivienda familiar, cedida gratuitamente, podrán entablar acciones de precario. Y, por último, la jurisprudencia entiende que dicho límite actúa, también, en los casos de que concurren hijos con

discapacidad.

En definitiva, con ello se pretende conciliar los intereses concurrentes de los menores, terceros, discapacitados y cónyuge más necesitado de protección, con los derechos dominicales sobre la vivienda familiar, ya sean éstos de terceros como de los propios cónyuges en régimen de privación o ganancialidad. De no ser así, una adjudicación ilimitada en el tiempo implicaría una suerte de expropiación forzosa de un indiscutible valor económico del que se vería privado el titular exclusivo o cotitular de la precitada vivienda, que conforma un bien de trascendente importancia económica en la mayoría de las ocasiones, además, el del mayor valor de la sociedad económica conyugal.

3.12 El nuevo marco normativo tras la reforma por Ley 8/2021.

La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar fue reformada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que da una nueva redacción al apartado primero del art. 96 CC, que queda ahora redactado de la forma siguiente:

«1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera

conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

»A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

»Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

»Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente».

En lo que ahora interesa, sin perjuicio de los específicos acuerdos que puedan llegar al respecto los litigantes aprobados por la autoridad judicial, podemos destacar de la nueva redacción del mentado precepto lo siguiente:

(i) Se refiere a los hijos comunes del matrimonio.

(ii) Precisa que la atribución de la vivienda a favor de los hijos menores de edad, lo es hasta que alcancen la mayoría de edad, en cuyo caso dicha asignación queda sin efecto.

(iii) Se mantiene que la adjudicación

del uso de la vivienda familiar es temporal.

(iv) Se fija una regulación específica para el supuesto de que, entre los hijos comunes, ya sean éstos menores o mayores de edad, hubiera alguno que se hallase en situación de discapacidad, En tal caso, cabe fijar un uso adicional de la vivienda familiar, de manera tal que no operase la automaticidad de las consecuencias jurídicas de la mayoría de edad.

(v) Una vez extinguido el plazo atributivo del uso, las necesidades del hijo discapacitado, que carezca de independencia económica, deberán ser cubiertas mediante el régimen jurídico de la prestación alimenticia.

Los órganos jurisdiccionales deberán ponderar las circunstancias concurrentes para la determinación del plazo de atribución temporal del uso de la vivienda familiar cuando sea conveniente la conservación temporal de tal uso a favor del hijo con discapacidad. Serán factores a tener en cuenta, al respecto, el grado de discapacidad, las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral, las posibilidades económicas de los progenitores, entre otras, en función de las cuales deberá motivarse la decisión que se adopte».

Los órganos jurisdiccionales deberán ponderar las circunstancias concurrentes para la determinación del plazo de atribución temporal del uso de la vivienda familiar cuando sea conveniente la conservación temporal de tal uso a favor del hijo con discapacidad

b. STS 1039/2024 de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4226), sobre atribución del uso de la vivienda.

Se reitera la doctrina de la sala sobre atribución del uso de la vivienda familiar. Se trata de un supuesto en que se mantuvo el uso de la vivienda familiar a la madre a pesar de otorgar la custodia de los menores al padre, al declarar que este no «que este no ha instado que se le atribuya el uso ni en la demanda ni en el recurso de apelación», lo que la Sala declara que no es correcto. Se estima el recurso de casación, conforme al análisis que se lleva a cabo en el F D Segundo:

«5. Como hemos recordado en la sentencia 279/2023, de 21 de febrero, con cita de la 25/2020, de 20 de enero, y de las posteriores que reproducen su doctrina (28/2021, de 25 de enero; 575/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre o 341/2022, de 3 de mayo):

«El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:

«Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

»La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (art. 218.1 LEC)».

6. Ahora bien, como también hemos dicho en la sentencia 308/2022, de 19 de abril:

«[l]a atribución de la condición de primordial y superior al interés del menor, así como su significación como principio de orden público (sentencias 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril y SSTC 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuales son los principios de aportación de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio

de los titulares de la jurisdicción y las posibilidades procesales de las partes, lo que encuentra consagración normativa en los arts. 90.2 y 158 CC, 751, 752, 770. 4.ª II, 771.3, 778 bis 4, 778 quáter 8; 778 quinquies 7, de la LEC, entre otros.

»Pues bien, la vigencia de dicho principio, permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (SSTC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4, así como 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3).

»[...]

»Como ejemplos de aplicación práctica de esta flexibilización procesal, contamos con la sentencia 304/2012, de 21 de mayo, ratificada por la ulterior 525/2017, de 27 de septiembre, que excepciona, en estos casos, el rigor del deber de estricta congruencia impuesto por el art. 218 LEC, al señalar que el juego de dicho interés superior conlleva a que “[...] no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado

una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984”.

»[...].»

7. De lo que se trata en el caso es de la atribución del uso de la vivienda familiar, y esta cuestión no queda sometida al principio de rogación, ya que debe dilucidarse, con petición o sin ella, en beneficio e interés de las menores.

En este sentido hemos dicho en la sentencia 757/2024, de 29 de mayo, que:

«[l]a atribución de la vivienda familiar a los hijos comunes en los supuestos de guarda y custodia monoparental constituye una manifestación del principio favor filii».

Y, más recientemente, en la sentencia 808/2024, de 10 de junio, que:

«Conforme al art. 96.1 CC, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, la atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes menores de edad corresponde al cónyuge custodio e hijos que convivan con él, como manifestación del principio del interés superior de los menores. Nos pronunciamos en tal sentido, por ejemplo, en la sentencia 1153/2023, de 17 de julio, que cita como antecedentes la doctrina iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, posteriormente reiterada por otras muchas (241/2020, de 2 de junio, 351/2020, de 24 de junio y

861/2021, de 13 de diciembre, entre otras).».

8. Es más, lo que dispone el art. 96 CC es que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Y lo que declaramos en la sentencia 351/2020, de 24 de junio, es que:

«[e]sta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez [...]»

9. Si bien es cierto que en esa misma sentencia también dijimos, con cita de la sentencia de 17 de junio de 2013, que:

«Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.».

10. La sentencia recurrida no

fundamenta en ningún de dichos factores la atribución del uso de la vivienda a la recurrida. Por lo tanto, también desatiende en este aspecto nuestra doctrina.

11. Además, esos factores tampoco se pueden considerar concurrentes en el presente caso. El carácter familiar de la vivienda no ha sido controvertido. Y que el recurrente disponga de un piso en alquiler es un hecho que por sí solo no permite concluir que las menores no precisen la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios. En este sentido cabe observar, como el fiscal advierte con acierto: (i) que hay que presumir la adaptación de las menores a la vivienda familiar, ya que es la que han ocupado y en la que han residido desde muy corta edad; (ii) que, aunque el cambio de la vivienda familiar a la arrendada no aleja a las menores de su entorno social y escolar, se desconoce si en esta, por sus características de habitabilidad, se cubren de igual manera las necesidades de aquellas en términos de espacio y comodidad; (iii) y que valorados los ingresos del padre y teniendo en cuenta que no se han fijado alimentos a cargo de la madre y ni siquiera colaborará a ellos contribuyendo a su alojamiento, que la vivienda en la que residirán las menores no es en propiedad sino de alquiler, y que, además, el padre debe afrontar el pago porcentual de la hipoteca que grava la vivienda familiar propiedad de los dos progenitores y parece ser,

según manifiesta la madre en su demanda, dos préstamos personales, en esas condiciones no parece que la atribución de la vivienda a la madre, que la ocuparía junto a un hijo no común, sea de utilidad para salvaguardar los derechos de las menores en lo relativo a su bienestar económico».

c. STS 808/2024 de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3312). Atribución del uso de la vivienda familiar con carácter temporal al interés más necesitado de protección y actuaciones procesales tras declaración de rebeldía

En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar con carácter temporal al interés más necesitado de protección, dispone que la declaración de rebeldía del demandado no impide a éste, una vez personado, cuestionar las medidas postuladas en la demanda. Se declara lo siguiente:

«[...]la adjudicación del uso a uno de los cónyuges sin limitación temporal infringe el art. 96 CC. En efecto, es jurisprudencia asentada la que sostiene, sin fisuras, que considerar que la esposa, por ser titular del interés más digno de protección, cabe atribuible sin límite de tiempo el uso de la vivienda familiar infringe la doctrina de la sala (sentencias 73/2014, de 12 de febrero, 176/2016, de 17 de marzo, 31/2017, 33/2017; 34/2017, de 19 de enero; 390/2017, de 20 de junio y 527/2017, de 27 de septiembre). La jurisprudencia expuesta es

desconocida por la sentencia del tribunal provincial que parte del error de que la declaración de rebeldía del demandado, por no personarse en el procedimiento al ser emplazado para contestar (art. 496.1 LEC) -compareció posteriormente, en primera instancia, con los efectos del art. 499 LEC y propuso prueba- supone la imposibilidad de cuestionar el uso atribuido de la vivienda familiar sin limitación temporal a la demandante. Tal argumento no puede ser aceptado por varias razones.

En primer lugar, es preciso destacar que la declaración de rebeldía, como señala el art. 496.2 de la LEC, que se hace eco de una reiterada jurisprudencia al respecto, no será considerada ni como allanamiento, ni como admisión de los hechos en los que se funda la demanda salvo los casos en los que la ley expresamente disponga lo contrario. De tal forma, como simple botón de muestra, podemos citar la sentencia 132/1995, de 25 de febrero, en la que señalamos: «[...] la situación de rebeldía no implica allanamiento a la demanda ni libera al actor de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama, e incluso le cabe al demandado el acreditar su inexactitud si el estado del proceso lo permite, no puede, en cambio, el litigante que estuvo en rebeldía utilizar excepciones tardíamente alegadas ni suscitar cuestiones distintas planteadas en la demanda, que es donde quedaron definitivamente fijados los términos de la cuestión litigiosa, al no existir cuestión que

se le opusiere».

De igual manera, nos expresamos en la más reciente sentencia 435/2001, de 8 de mayo, en la que sostuvimos que la rebeldía podía «[...] ser considerada como una oposición tácita a las pretensiones deducidas en la demanda (sentencia de 3 de abril de 1987, entre otras)».

Y, en la sentencia 323/2008, de 12 de mayo, precisamos que:

«[...] ni siquiera ante la absoluta falta de oposición por parte del demandado, como ocurre en los casos de rebeldía, puede el juez dejar de valorar las razones del actor y, en su caso, desestimar la demanda por falta de fundamento (la rebeldía no supone allanamiento, SSTS 3 de abril de 1987, 8 de mayo de 2001, 3 de junio de 2004, etc.)».

La aplicación de tal doctrina determina que no podamos aceptar los argumentos de la sentencia recurrida. Para ello, partimos de la base de que estamos en el trance resolutorio de una cuestión que entra en la esfera dispositiva de las partes, al tratarse de la atribución del uso de la vivienda familiar, titularidad de los litigantes, sin la concurrencia de hijos menores que disfruten de su asignación preferente impuesta por la vigencia de su interés superior hasta alcanzar la mayoría de edad (arts. 96.1 CC y 752.4 LEC).

La falta de personamiento del demandado, una vez emplazado para contestar a la demanda, produce como efecto la preclusión de tan cualificado trámite de audiencia para ejercitar el derecho de defensa (art.

136 LEC) y, por lo tanto, la pérdida de la oportunidad de oponer excepciones y suscitar cuestiones distintas de las planteadas en la demanda, entre ellas, por ejemplo, la fijación de una pensión compensatoria a su favor; pero lo que, desde luego, no le está vedado al demandado es acreditar la inexactitud de los hechos en los que se funda la demanda si el estado del proceso lo permite; o cuestionar la procedencia de una medida introducida por la parte actora en el debate como constitutiva del objeto del proceso, cual es la atribución a su favor del uso de la vivienda familiar. Cuestión controvertida que, como no podía ser de otra forma, fue tratada y específicamente resuelta por la sentencia de primera instancia con análisis de las circunstancias concurrentes, y entre ellas las económicas de los litigantes, así como en atención a la mayoría de edad del hijo común.

El juzgado resuelve, sin atribuir efecto alguno a la rebeldía inicial del demandado, mediante la aplicación del art. 96 del CC. Al decidir el proceso considera a la demandante como titular del interés más necesitado de protección por lo que le atribuye el uso de la vivienda familiar; ahora bien, yerra al considerar que cabe una atribución ilimitada de tal uso, puesto que la ley y la jurisprudencia sólo permiten, en tal caso, la adjudicación de un uso temporal. De no ser así, nos hallaríamos ante una auténtica expropiación forzosa de un bien de valor económico indiscutible para el demandado con fundamento

en una solidaridad conyugal inexistente tras un pronunciamiento de separación o divorcio.

El demandado no suscita, por lo tanto, una cuestión distinta de las planteadas en la demanda, escrito procesal en el que quedaron fijados los términos constitutivos del objeto del proceso, sino que se opone a la pretensión de la demandante concerniente a que se le adjudicase a su favor el uso de la vivienda familiar. Por todo ello, procede casar la sentencia de la audiencia y, al asumir la instancia, desestimar la petición del uso alternativo anual habida cuenta de la falta de acuerdo de las partes al respecto, y las dificultades que implica gestionar un uso de tal naturaleza, en tanto en cuanto supone tener cubiertas alternativamente las necesidades de habitación que, en consecuencia, se reproducirían cada año en una antieconómica situación de intermitencia sin realización efectiva del valor económico del bien común.

Consideramos a la demandante como titular del interés más necesitado de protección, dado que el demandado admite contar, para satisfacer con sus necesidades de vivienda, con un inmueble, que fue de sus padres, titularidad de seis personas, aun cuando se encuentre en trance de proceder a su liquidación bajo unas connotaciones temporales que desconocemos.».

entregas de los menores.

a. STS 914/2024 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3891) , sobre derechos de visitas. Cargas de la entrega y recogida de los niños.

La Sala se pronuncia sobre la cuestión en los siguientes términos:

»La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el art. 94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen a las circunstancias que concurran: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor –solo o acompañado– o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del

8. Guarda y custodia: recogidas y

propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva a la efectividad del derecho de visitas, se encuentra el del esfuerzo personal y los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues se trata de favorecer y no obstaculizar el derecho de visitas. De allí que, como declara la doctrina contenida en las sentencias citadas de esta sala, deba decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que redundará también en el prevalente interés del menor en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita.

Partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 de la Constitución, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce también de los arts. 90.1.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas.

La sentencia 289/2014, de 26 de mayo, a partir de los principios generales de interés del menor y contribución equitativa a los gastos elabora la doctrina sobre el reparto de gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visita y

el reparto equitativo de cargas. La doctrina de la sala es:

«para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables».

»Esta doctrina ha sido reiterada, tanto cuando se desplaza el niño como cuando se desplaza el progenitor no custodio, en las sentencias 536/2014, de 20 de octubre, 685/2014, de 19 de diciembre, 748/2014, de 11 de diciembre, 529/2015, de 23 de septiembre, 664/2015, de 19 de

noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre, 301/2017, de 16 de mayo, 470/2017, de 19 de julio, 676/2017, de 15 de diciembre, 158/2018, de 21 de marzo, 482/2018, de 23 de julio, y 403/2022, de 18 de mayo.

»SEXTO.- En el caso que juzgamos no se discute que los niños se desplacen desde Fregenal de la Sierra, donde viven con la madre custodia, hasta Badajoz, donde reside el padre desde su traslado a la Audiencia Provincial de Badajoz, lo que ha tenido lugar durante el curso de este procedimiento.

La Audiencia considera que este cambio debe repercutir en los desplazamientos para hacer efectivas las visitas porque el padre, que antes estaba destinado en Córdoba, aunque tenía casa en Badajoz, donde desde el primer momento se cumplió el régimen de estancias y visitas con el padre, tiene que hacer ahora menos kilómetros.

El resultado de este razonamiento es que la sentencia recurrida pone a cargo del padre tanto los desplazamientos para recoger a los niños en el domicilio de la madre como los desplazamientos para reintegrarlos, lo que si no está justificado por las concretas circunstancias concurrentes del caso, se aleja de la doctrina de la sala, pues no es respetuoso con el principio equitativo de las cargas.»

STS 1015/24 de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4146). Cargas de cuidado animales de compañía. Momento de determinación del objeto del proceso. Ausencia de interés público a efectos procesales en la tutela del bienestar animal.

El supuesto de hecho viene referido al divorcio de un matrimonio sin hijos menores. Se solicita un pronunciamiento sobre la pretensión de que se fijen las cargas asociadas al cuidado de animales de compañía (gatos) que fue introducida en el proceso por la esposa demandada en el acto de la vista, alegando que los animales estaban con ella. se declara en la misma:

»QUINTO.- La recurrente considera que la redacción de los artículos del Código civil introducidos por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, junto a lo dispuesto en el art. 752 LEC (que no fue modificado por la mencionada ley) exige al juez fijar el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal con independencia del momento en el que se haya introducido la cuestión en el proceso. En el caso, fue introducida por la recurrente en el acto de la vista.

Para dar respuesta a las alegaciones de la recurrente debemos partir de las siguientes consideraciones.

La determinación del objeto del proceso por el demandante (y en su caso mediante la reconvencción del demandado) concreta el interés cuya satisfacción se solicita de los

9. Animales de compañía

órganos jurisdiccionales, y guarda relación con la congruencia (art. 218 LEC) y la preclusión de alegaciones (arts. 286, 400.2, 412 y 426 LEC).

Pero en los procesos especiales, en particular en relación con la provisión de apoyos a personas con discapacidad y en los procesos de familia respecto de las cuestiones que afectan a los hijos mejores de edad, la misma ley procesal mitiga el principio dispositivo en atención a la indisponibilidad del objeto litigioso y la concesión al juez la facultad de practicar pruebas de oficio y no estar vinculado por la conformidad de alguna de las partes con los hechos (arts. 751 y 752 LEC).

Conforme al art. 752 LEC (Prueba):

«1. Los procesos a que se refiere este Título [De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores] se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

»Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

»Se podrá proponer por las partes o acordar de oficio por el tribunal la práctica de toda aquella prueba anticipada que se considere pertinente y útil al objeto del procedimiento. En este caso, se

procurará que el resultado de dicha prueba admitida o acordada obre en las actuaciones con anterioridad a la celebración de la vista, estando a disposición de las partes [este inciso fue añadido por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, en vigor el 20 de marzo de 2024].

»2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

»3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia.

»4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores».

Así, frente a los principios procesales dispositivos y de aportación de parte, en los procesos a que se refiere el art. 752 LEC, y respecto de las pretensiones sobre las que las partes no puedan disponer libremente (art. 752.4 LEC), el tribunal puede

introducir hechos («alegados de otra manera», art. 752.1 LEC) mediante las pruebas practicadas que hayan sido decretadas de oficio (art. 752.1.II y 770, regla 4ª.I LEC); y los hechos pueden alegarse («con independencia del momento») tanto en los plazos establecidos para su alegación ordinaria como en cualquier otro tiempo (art. 752.1 LEC).

De esta forma, el art. 752 LEC, bajo el título de «prueba» se refiere a los hechos constitutivos de las pretensiones, se admite que sean incorporados al proceso hasta la conclusión para sentencia definitiva y, si quedan acreditados, pueden servir para fundar la convicción del tribunal que fundamenta la sentencia.

Por eso, la doctrina y la jurisprudencia vinculan el art. 752 LEC con el dato de que en los procesos a que se refiere se busca no tanto la verdad formal como la verdad material, de modo que los hechos alegados por las partes no vinculan al juzgador, que además puede tomar en consideración otros aportados con posterioridad, siempre y cuando hayan quedado acreditados. En este sentido, la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, ha recordado que: «Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la

exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2), tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad».

En relación con estos procesos, la jurisprudencia de la sala ha venido conectando la ratio del art. 752 LEC con otras disposiciones, como la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC), o la posibilidad de que el juez adopte medidas de oficio (para la protección de los menores, art. 158 CC). En este sentido, sentencias como las 808/2024, de 10 de junio, 379/2024, de 14 de marzo, 984/2023, de 20 de junio, o 899/2021, de 21 de diciembre, con cita de otras anteriores, declaran que manifestación del interés superior del menor constituye la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales y administrativos para cuidar de dichos intereses (art. 749 LEC); o la posibilidad de la fijación de medidas de oficio por parte de los tribunales de justicia, como excepción a los principios dispositivo y de aportación de parte, conformadores de los pilares esenciales sobre los que se sustenta el edificio del proceso civil (arts. 158 CC y 752 LEC).

»SEXTO.- En definitiva, el art. 752 LEC se refiere a los hechos constitutivos de las pretensiones, no a la introducción de nuevas pretensiones en cualquier momento del procedimiento. Por ello, el art. 752 LEC no permite concluir que el tribunal deba pronunciarse

sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado de las mascotas si tal pretensión no se introdujo debidamente en el momento de determinar el objeto del proceso, bien por el demandante, bien por la demandada introduciendo un nuevo objeto de enjuiciamiento mediante reconvencción.

»SÉPTIMO.- Por lo que se refiere al argumento de la recurrente acerca de que el juez debe pronunciarse en todo caso sobre el cuidado de los animales y el reparto de cargas (y ello por tanto con independencia del momento en que se haya solicitado), tampoco lo podemos admitir.

Es cierto que algunos datos de la reforma sugieren que nos encontramos ante una materia de derecho necesario. Así, la posibilidad de que el juez se aparte de los acuerdos de los cónyuges recogidos en convenio que sean gravemente perjudiciales para el bienestar animal (art. 90.2 CC), o la regla de que adopte conforme a los criterios legales (que el legislador apenas conecta con el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal), tanto a falta de convenio como si no se hubiesen adoptado previamente las medidas definitivas referidas a la convivencia y a las necesidades de los animales de compañía (art. 91 CC y 774 LEC).

Pero junto a estos preceptos hay otros datos que muestran la vigencia del principio dispositivo y que deben ser tomados en consideración a la hora de precisar el objeto del

procedimiento:

– El art. 749 LEC no ha sido modificado en la reforma por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, y en los procesos matrimoniales el Ministerio Fiscal solo interviene si alguno de los interesados es menor, persona con discapacidad o si está en situación de ausencia legal. No se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del bienestar animal.

– Respecto de las pruebas que el tribunal puede acordar de oficio, el art. 770.4.ª LEC se refiere a las que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o a los mayores con discapacidad que precisen apoyo, de acuerdo con la legislación civil aplicable. No se contempla la práctica de oficio de pruebas referidas al bienestar animal.

El art. 752 LEC no permite concluir que el tribunal deba pronunciarse sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado de las mascotas si tal pretensión no se introdujo debidamente en el momento de determinar el objeto del proceso

– El hecho, en fin, de que solo sea posible el convenio (art. 90 CC) o las medidas judiciales (art. 91 CC)

referidas a los animales de compañía, así como la tramitación por la vía de los procesos matrimoniales y de menores (arts. 769 ss. LEC) cuando los animales de compañía se hayan poseído durante la vigencia de un matrimonio o, aun sin estar casados, los miembros de la pareja tengan hijos menores, pero no en otro caso, es decir, cuando las mascotas hayan sido de una pareja no casada que no tenga hijos menores.

»OCTAVO.- En atención a las anteriores consideraciones el recurso de casación no va a ser estimado, pues no se aprecia que la pretensión introducida por la demandada recurrente en la vista y por la que solicitó que el marido demandante asumiera el gasto del cuidado de los gatos que estaban en compañía de ella deba quedar exceptuada de los principios generales que rigen el procedimiento civil a la hora de determinar el objeto del proceso, con las implicaciones que ello tiene en otras instituciones como la congruencia o la preclusión y, en definitiva, su conexión con la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión.

10. Medidas de protección de menores.

STS 979/2024 de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4133). Medidas de protección del hijo menor que vive en Bielorrusia con la madre. Tercer estado no parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996.

El supuesto de hecho es el siguiente: el

matrimonio se contrajo el 3 de diciembre de 2017 en Minsk (Bielorrusia), fue inscrito en el Registro Consular Civil de España, y el 26 de abril de 2018 nació el hijo del matrimonio. Después de diversas denuncias ante el JVSM, la madre se marcha con el niño a Minsk.

Se interpone por el padre, demanda de divorcio en España, y se emplaza a la madre en Minsk, por solicitud de cooperación jurídica internacional dictada por el Juzgado de Familia, y la madre contesta y alega que se le ha atribuido la custodia por el Tribunal del Distrito de Moskovsky de Minsk. Previamente el tribunal de Bielorrusia, había rechazado que existiera sustracción internacional y denegó el regreso del niño a España.

En el procedimiento de divorcio que instó el padre se acumuló la petición de medidas (custodia, visitas y alimentos) respecto del hijo menor del matrimonio. Ni el juzgado que decretó el divorcio ni la Audiencia Provincial que resuelve el recurso adoptan medidas, pues consideran que el hijo no reside en España y no existen datos para establecer un régimen de custodia. La Sala del TS, declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, estima los recursos interpuestos por el padre y declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, para pronunciarse sobre las medidas de protección del hijo, por aplicación del Reglamento 2201/2003 para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.

El art. 8 del Reglamento 2201/2003

(vigente por razones temporales/ derogado por el reglamento 2019/1111) establece como competencia general el lugar de residencia habitual del menor en un estado miembro. Precisa que el foro general de la residencia habitual del menor en un estado miembro del que parte el art. 8 del reglamento 2201/2003 puede aplicarse a litigios que impliquen relaciones entre los órganos jurisdiccionales de un estado miembro y los de un tercer estado. Se precisa que en la fecha en que se interpone la demanda el menor ya no tenía su residencia habitual en España. Se aplica en el caso el artículo 12 del Reglamento, considerando que los tribunales españoles pueden ser competentes; en concreto el artículo 12.4 que se refiere a la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales de un estado miembro cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer estado que no sea parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 (Bielorrusia, que no es miembro de la unión europea, no ha ratificado este convenio). Sobre la base de lo anterior, argumenta el TS que la residencia del niño fuera de España comporta dificultades, y que la regla general del foro derivado de su residencia habitual, en cuanto criterio de proximidad, facilita la adopción de un sistema de medidas de protección. Sin embargo, concurriendo los requisitos del art. 12 del Reglamento 2201/2003 no se ha invocado por las partes, incluido el Ministerio Fiscal, que tiene el deber de velar por el interés del menor, ninguna razón por la que un pronunciamiento sobre las medidas solicitadas de manera principal por el padre y de manera subsidiaria por la madre en el proceso de

divorcio podría resultar perjudicial para el menor.

Se añade que *«En el caso que juzgamos la responsabilidad parental viene siendo ejercida por la madre demandada y esta, al contestar a la demanda interpuesta por el padre, no se opuso a la adopción de las medidas solicitadas por el demandante por entender que los tribunales españoles no tuvieran competencia, sino porque consideró que la denegación de restitución del niño equivalía a atribuirle la guarda y custodia y, de hecho, para el caso de que no se entendiera así, ella mismo propuso que se adoptaran medidas referidas a la atribución de la guarda y custodia exclusiva la madre, con obligación de pagar una pensión de alimentos a cargo del padre y sin derecho de visitas. De todo ello podemos deducir que, de forma inequívoca, las partes aceptaron con su comportamiento la competencia del tribunal que iba a conocer del divorcio».*

Concluye que *«en el caso que juzgamos, en el que la competencia de los tribunales españoles resulta, de acuerdo con lo explicado, de la acumulación de la solicitud de medidas al proceso de divorcio, la sala va a aplicar el derecho del foro. Ello por cuanto resulta ventajoso para la decisión del asunto la simplificación que resulta de la regla general que consigue la unión entre el foro y la ley aplicable, evitando la aplicación de una ley extranjera sobre la que las partes no han realizado alegación alguna, y sin que conste ningún dato que permita considerar preciso hacer uso de la regla excepcional prevista en el art. 15.2. En consecuencia, vamos a aplicar la ley del foro, la española, que es coincidente con la nacionalidad del padre y del niño y*

con la residencia habitual del padre».

Respecto de los alimentos, «el instrumento aplicable es el Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, que se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (art. 1.1). Conforme al considerando 15 del Reglamento, el hecho de que el demandado tenga su residencia habitual en un Estado tercero debería dejar de ser causa de inaplicación de las reglas comunitarias de competencia» «Además, tanto España como Bielorrusia son parte del Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia (en vigor desde el 1 de enero de 2013)».

»Por lo que se refiere a ley aplicable a las obligaciones de alimentos, conforme al art. 15 del Reglamento 4/2009 se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento. El art. 9.7 CC recuerda que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. El Protocolo se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante (art. 2). Las conexiones que se establecen lo son en defecto de acuerdo sobre la ley aplicable y se basan en una conexión general basada en la residencia

habitual del acreedor (art. 3) y en unas conexiones especiales para determinados acreedores alimenticios privilegiados, entre los que se encuentran los hijos acreedores de alimentos de sus padres (art. 4).»

»En el caso que juzgamos, la regulación del art. 4.3 conduce a la aplicación de la ley del foro, la española, puesto que la reclamación de los alimentos de la madre a favor del hijo se ha planteado ante los tribunales españoles en la contestación a la demanda, y el padre tiene su residencia habitual en España. De acuerdo con lo previsto en el art. 4.3 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, únicamente deberíamos aplicar la ley de la residencia habitual del niño si no pudiera obtener alimentos del padre en virtud de la ley española, lo que no es el caso».

11. Menores en situación de desamparo.

a. STS 409/20245 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1582). Visitas con el padre biológico y el proceso de integración en la nueva familia

El litigio versa sobre la sobre protección de menor nacida en 2020, respecto de la cual se acordó su retención hospitalaria, se declaró su desamparo y se acordó una guarda con fines de adopción. El padre solicitó su retorno, y subsidiariamente visitas y subsidiariamente, relación con la menor adoptada. La Sala declara lo siguiente:

«Olvida el recurrente que el art. 19 bis)

LOPJM, alegado como vulnerado en el recurso, establece expresamente que, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. El interés superior de la menor requiere igualmente, tener en cuenta que actualmente la niña se encuentra plenamente integrada escolar y socialmente en su nueva familia que le aporta estabilidad y atiende a todas sus necesidades con los que ha establecido vínculos afectivos adecuados y firmes.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a las visitas o contacto con la niña, el recurrente cita la sentencia 78/2018, de 14 de febrero, resolución que realmente no apoya la postura del recurrente ya que en un supuesto de acogimiento familiar de tres hermanos con suspensión del régimen de visitas con la madre, el Tribunal Supremo revocó la

sentencia de apelación y confirmó la de primera instancia por entender que esta decidió, confirmando el acogimiento familiar y la suspensión de visitas, «atendiendo al interés de los tres menores que se encuentran totalmente integrados en la nueva familia, a fin de evitar que los menores se coloquen en situación de riesgo, con medidas inciertas en sus frutos, cuando se encuentran estables y arraigados en su actual situación, la Audiencia, a pesar de insistir en el interés del menor, pone el foco de la ratio decidendi en los progenitores y en el interés de estos, por encomiable que sea, por recuperar la proximidad de sus hijos, para ofrecerles a aquellos una oportunidad. En ningún momento se analiza qué repercusión negativa podría tener sobre los menores esa aproximación, y si alteraría su estabilidad emocional».

En la citada sentencia 78/2018, tras explicar los criterios de concreción del interés del menor en relación con los de sus padres biológicos y el retorno del menor desamparado a su familia de origen, la sala termina diciendo: «Las anteriores consideraciones son extrapolables al régimen de visitas. En concreto, si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio».

La aplicación de este criterio al caso determina que tampoco pueda

prosperar el recurso del padre sobre este particular.

En el caso que juzgamos, aunque el padre no recurrió la resolución que denegó las visitas siempre ha interesado o el retorno o el establecimiento de un régimen de visitas para relacionarse con la niña y no perder contacto con ella, con la mirada puesta en un futuro retorno de la niña a la familia de origen, incluidos también su otro hijo y la familia extensa.

La respuesta de la Audiencia acerca de que la resolución impugnada que es objeto de este procedimiento nada decía de las visitas no es argumento suficiente para eludir un pronunciamiento al respecto. Con todo, esta Sala entiende que la denegación de visitas por parte de la entidad pública debe mantenerse, en atención a todas las circunstancias concurrentes ya expuestas, teniendo en cuenta los informes técnicos realizados, y en especial el interés superior de la niña, de donde deriva la necesidad de darle una solución estable, al descartarse la opción del acogimiento con la familia propia o extensa. La niña se encuentra en un proceso de integración favorable y positivo con su nueva familia, de manera que establecer ex novo un régimen de visitas cuando nunca ha tenido relación con su padre biológico, además de poder entorpecer dicha integración, en nada le beneficiaría, dada la escasa edad de la niña, la ausencia de cualquier vínculo y de toda estructura familiar que mantener, la falta de relación con

el padre y la diferencia de edad con el hermano con el que, según el padre, también mantendría relación (a pesar de que lo cierto es que el recurrente no se ha hecho cargo de su cuidado).

En consecuencia, y por todo lo expuesto, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, debemos concluir que la sentencia recurrida atiende principalmente al interés y beneficio de la niña, y es conforme con la doctrina jurisprudencial sobre el retorno y el derecho a relacionarse con los hijos, analizando las concretas circunstancias concurrentes desde el prisma del interés prioritario de la niña, de manera que no existe el interés casacional alegado y, por ello, procede la desestimación de todos los motivos del recurso de casación».

b. STS 879/2024 de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3528). Niños en situación de acogimiento familiar permanente con familia educadora. Resolución de la entidad pública por la que se suspenden las visitas de la familia de origen. Plazo para la oposición judicial a la resolución administrativa. Arts. 161 y 172 CC y art. 780 LEC.

El TS declara que no hay caducidad, pero deniega las visitas:

«[...]Tienen razón tanto la Generalitat como el Ministerio Fiscal cuando advierten que, en este caso, la sentencia recurrida, a pesar de

apreciar la caducidad de la acción por el transcurso de dos años desde que se dictaron las resoluciones de desamparo, entra en el fondo y, tras un examen de las circunstancias concurrentes, concluye que las visitas con la familia biológica, lejos de beneficiar a los niños, afectan negativamente a su estabilidad, habida cuenta de las escasas habilidades parentales de los padres y también de la abuela (única recurrente en casación), su actitud poco colaboradora, la ausencia de vínculo afectivo con los niños, y la constatada mejoría de los mismos tras la suspensión de las visitas. Es decir, la sentencia recurrida decide analizando las circunstancias concurrentes y concluye que lo más beneficioso para ambos niños es suspender los contactos y visitas. El pronunciamiento referido a la caducidad de la acción no es el fundamento del fallo, y es doctrina reiterada de la sala que el recurso debe concretar la infracción de norma o jurisprudencia aplicable al caso relevante para el fallo, atendida la ratio decidendi de la sentencia (por todas, sentencias 344/2018, de 7 junio, y 1059/2023, de 29 de junio), por lo que procedería su inadmisión. Contodo, a la vista de la interpretación de la sentencia recurrida sobre la caducidad de la acción ejercida, y a la vista de las diferentes posturas que se sostienen en un tema de tanta trascendencia como es la protección de los menores y la garantía de los derechos de todos los afectados, esta sala considera que concurre

el interés casacional suficiente para que resulte conveniente un pronunciamiento sobre la cuestión planteada en el recurso.

SEXTO.- El debate que se ha planteado ante la sala, confrontando lo dispuesto en el art. 172.2 CC y en el art. 780 LEC, es si transcurridos dos años desde la declaración de desamparo toda demanda referida a una resolución administrativa en materia de protección de menores estaría caducada o si las personas legitimadas según el art. 780 LEC siempre podrían impugnar la resolución administrativa dentro del plazo de dos meses desde la notificación de la resolución que establece el mismo precepto. La sentencia recurrida y la Generalitat Valenciana mantienen la primera interpretación, y la recurrente y el Ministerio Fiscal la segunda. Es esta segunda interpretación la que consideramos preferible, en atención a la necesidad de conciliar los intereses en juego.

1. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modificó los apartados 2 y 3 del art. 172 CC, y también los apartados 1 y 2 del art. 780 LEC. La disposición final novena de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y luego el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, han modificado los procedimientos en los que se sustancia la oposición a

las resoluciones administrativas en materia de protección de menores en aspectos que ahora no son relevantes. De la regulación vigente resulta lo siguiente.

i) Con independencia de la oposición que se haya podido plantear a la resolución que declare el desamparo, dentro de los dos años siguientes a la notificación de la declaración, los progenitores (o el tutor) suspendidos en su función pueden solicitar a la entidad pública que revoque la declaración de la situación de desamparo si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (o la tutela). Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (art. 172.2.I CC).

El art. 172 CC prevé que, transcurrido el plazo de dos años desde la declaración de desamparo, los progenitores (o el tutor) solo podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo (art. 172.2.III CC), y únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la entidad pública (art. 172.2.IV CC).

ii) La interpretación que deduce del art. 172 CC que transcurridos dos años desde la declaración de desamparo solo puede recurrir ante los tribunales civiles el Ministerio Fiscal, a pesar de que el art. 780

LEC, al diseñar los procedimientos judiciales de oposición contra las resoluciones administrativas en el plazo de dos meses desde su notificación, reconoce una amplia legitimación, no es respetuosa con las garantías exigibles para la tutela de los intereses en conflicto, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado en varias ocasiones sobre los procedimientos de oposición a las medidas de protección de menores. La STC 58/2008, de 28 de abril de 2008 (FJ 2), con cita de otras anteriores, declaró que:

«Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar la doctrina elaborada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos en los que, como en el presente, se encuentran en juego intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida.

»Así, en la STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 3, hemos afirmado «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que “en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y

derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3).

»Es lógico, pues, que “dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado” (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2).

»En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (art. 9.2); y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su

carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC)».

iii) La actuación revisora de las decisiones de las entidades públicas por parte de los tribunales viene exigida por el art. 24 CE y por la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El art. 9 de la Convención, al contemplar los supuestos en los que, en el interés superior del niño, se determine por las autoridades competentes la separación de sus padres, deja siempre a salvo la revisión judicial, para lo que la sola legitimación del Ministerio Fiscal después de los dos años puede no resultar suficiente.

Puesto que la declaración de desamparo solo lleva consigo la suspensión de la patria potestad (art. 172.1.III CC), y para la privación es precisa una sentencia judicial (art. 170 CC), se impone una interpretación del límite temporal de dos años establecido en el art. 172 CC que, en atención a la finalidad perseguida de dotar de estabilidad a

la situación del menor, no comporte una merma del derecho a la tutela judicial efectiva.

A estos efectos no puede prescindirse del marco de la regulación de la norma, referida a las solicitudes de los progenitores dirigidas a la entidad pública para que revoque la declaración de desamparo por cambio de circunstancias. La limitación temporal debe entenderse por tanto circunscrita a las solicitudes que se dirijan a la propia entidad pública, y no alcanza a la pretensión de una actuación revisora de los tribunales, con la carga procesal que ello conlleva. Por otra parte, no hay que olvidar que el procedimiento judicial instaurado en el art. 780 LEC expresamente rechaza que sea necesaria una reclamación administrativa previa para impetrar la tutela judicial.

Por lo que interesa a efectos de este recurso, en el que se impugna ante los tribunales civiles una resolución administrativa en materia de protección de menores, debe estarse a la regulación contenida en el art. 780 LEC, conforme al cual la oposición puede formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

Por ello, compartimos el criterio del Ministerio Fiscal en el sentido de que cabe una interpretación sistemática del art. 172 CC y 780 LEC que, sin violentar el precepto y por ende el principio de seguridad jurídica, es más respetuosa con la naturaleza de los intereses en juego, y en especial con el interés superior del menor, considerando que el art. 172.2 CC y el plazo de dos años que en el mismo se

establece se refiere a las peticiones dirigidas a la entidad pública para que revoque la decisión de desamparo para recuperar la patria potestad suspendida, pero ello no impide que, cumpliendo el plazo previsto en el párrafo primero del art. 780.1 LEC, las personas legitimadas precisadas en el párrafo segundo del mismo artículo puedan impugnar las resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores.

SÉPTIMO.- Aunque ni las sentencias de instancia ni las partes han citado la normativa sobre el régimen de visitas, hay que advertir que la resolución impugnada tenía por objeto suspender las visitas respecto de unos niños en situación de acogimiento familiar. Este dato es relevante porque existe un régimen específico de la regulación y suspensión del derecho de visitas de los menores en situación de desamparo y su preceptivo control judicial a la que debe estarse para resolver la cuestión controvertida, y que refuerza la conclusión de que la acción ejercitada no estaba caducada.

1. Debemos partir, en primer lugar, del derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto con sus progenitores y con su familia de origen, salvo que ello sea contrario a su interés superior. Así se reconoce en los textos internacionales y en el derecho español para los casos de adopción por las entidades públicas de una medida de protección que comporte la salida del niño de su

grupo familiar.

i) El art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, después de referirse en su apartado 1 a los supuestos en los que, en el interés superior del niño, se determine por las autoridades competentes (siempre a reserva de revisión judicial) que es necesario separarlo de sus padres, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, establece expresamente en el apartado 3:

«Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

ii) El art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, entre los derechos del niño reconoce:

«Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

iii) En el ordenamiento interno, el art. 2.c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio) establece como uno de los criterios generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, la preservación del mantenimiento

de sus relaciones familiares.

Conforme al art. 21 bis 1.d LOPJM, el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a «relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la entidad pública».

Por su parte, el art. 20.3.d.1.º LOPJM ordena que la resolución de formalización del acogimiento familiar se acompañe de un documento anexo que debe incluir, entre otros extremos, el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la entidad pública en atención al interés superior del menor.

Además, conforme al apartado segundo del art. 172 ter CC (redactado por la Ley 26/2015), «la situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses».

iii) El derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, así como con su familia de origen (hermanos, abuelos, parientes, y también allegados) está regulado más precisamente en los arts. 160 y 161 CC, redactados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Así, conforme al art. 160 CC:
«1. Los hijos menores tienen derecho

a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la entidad pública en los casos establecidos en el art. 161. (...)

»2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

»En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores»

Por su parte, el art. 161 CC establece: «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o

la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la entidad pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.

»El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil».

2. La redacción del art. 161 CC anterior a la reforma por la Ley 26/2015 (que asumió la doctrina de la sentencia 321/2015, de 18 junio) suscitó dudas acerca de si era el juez quien debía “regular” y “suspender” las visitas del menor acogido. La redacción actual del art. 161 CC declara la competencia de la entidad pública para, de forma motivada, y previa audiencia de los afectados, regular y suspender temporalmente las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Pero esta decisión está siempre sujeta a control judicial, como expresamente deja a salvo el art. 161 CC, que se remite a la oposición conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil.

Esa regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la que se remite el art. 161 CC es la prevista en su art. 780 LEC, conforme al cual la oposición ante los tribunales civiles a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación.

No cabe duda, por tanto, de que las

personas que tenían reconocido un derecho de visitas están legitimadas para impugnar la resolución que las suspende en el plazo de dos meses desde su notificación.

Lo anterior, con independencia de que, además, en cualquier momento el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, pueda adoptar las medidas de prohibición de visitas y comunicaciones para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas conforme al art. 158 CC.

3. Pues bien, en el caso que juzgamos, puesto que el proceso de oposición a la resolución administrativa que suspendía las visitas de la recurrente se presentó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 780 LEC, antes de que transcurrieran dos meses desde la notificación de la resolución, debemos entender que se presentó dentro de plazo y que la acción no estaba caducada.

Con todo, puesto que la sentencia recurrida, a pesar de apreciar incorrectamente la caducidad de la acción ejercitada, se pronunció en cuanto al fondo sobre la corrección de la decisión de la entidad pública de suspender en interés de los niños las visitas, no solo respecto de los progenitores sino también respecto de la abuela recurrente, la estimación del motivo del recurso de casación basado exclusivamente en la falta de caducidad de la acción no comporta que casemos la sentencia recurrida,

pues no puede prosperar la pretensión de que se deje sin efecto la resolución administrativa que suspendió las visitas de la recurrente.»

c. STS 893/2024 de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3765), sobre la caducidad de la acción.

La Sala estima los recursos, al entender erróneo el criterio de la Audiencia Provincial. Se declara en FD Segundo:

3. Estamos de acuerdo con el fiscal cuando observa que «la Audiencia sigue un criterio rigorista excesivamente formalista y desproporcionado en relación con los fines que trata de proteger (seguridad jurídica) y los intereses que sacrifica (tutela efectiva, posibilidad de controlar la actuación de la Administración en protección de menores; posibilidad de evaluar la afectación del superior interés de la menor a que se refieren las actuaciones)». Y también, en que si el juzgado de Nules, ante el que se presentó la demanda en plazo, como reconoce la propia Audiencia Provincial, se hubiera ajustado en su actuación a las exigencias del art. 58 LEC, la puesta de nuevo en marcha del «contador de la caducidad» de cara a la presentación de aquella ante los juzgados de Castellón no se habría producido.

Además, en la sentencia 486/2016, de 14 de julio, consideramos incorrecta la declaración de caducidad en un caso en el que «la presentación de la demanda [ante

un órgano judicial incompetente territorialmente] se realizó cuando aún no se había cumplido el plazo de caducidad», ya que «la infracción de las normas sobre determinación de la competencia territorial en el momento de interponer la demanda no comporta la nulidad de lo actuado, sino la remisión de actuaciones al órgano territorialmente competente siendo válidas las realizadas con anterioridad».

d. STS 1038/2024 de 22 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4227). Causas de denegación del retorno con la madre biológica

En esta resolución se declara que existen causas que justifican denegar en este momento el retorno del menor con su madre biológica:

[...]«Como advierte el fiscal, dictada la sentencia de instancia, se ha seguido tramitando el expediente de desamparo y recabándose informes que han confirmado la conveniencia de mantener la medida de protección al persistir los síntomas psiquiátricos ya observados y la negativa de la recurrente a someterse a tratamiento farmacológico al no ser consciente de su enfermedad. Por tanto, como este señala, «Aunque debemos de partir de que lo correcto y deseable es que el menor sea reestablecido a su familia de origen, con su madre, existen causas para que en este momento sea denegado, ya que debe preservarse la estabilidad psíquica

y emocional del menor, sin que haya información sobre que la situación de la madre haya mejorado y esté en condiciones de asumir la custodia y cuidados de su hijo menor.». Como dijimos en este sentido en la sentencia 1275/2023, de 20 de septiembre, con cita de la 170/2016, de 17 de marzo:

«El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS Sala 1ª de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

»Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor (STS de 31 de julio de 2009)». (...) En concreto el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, con entrada en vigor el 18 de agosto de 2015, pero que sirve de guía a la hora

de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores, dispone en el número 3 que “para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma (...). En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma.».

12. Personas con medidas de apoyo

a. STS (Pleno) número 767/2024 de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2920), sobre divorcio instado por una persona a la que previamente se le había nombrado una curadora para asistirle en la realización de los «actos jurídicos, económicos y mercantiles complejos y para la supervisión de su tratamiento médico y todo lo relativo a su salud».

Se dispone que el contenido de esta curatela no afectaba a la voluntad de pedir el divorcio del matrimonio, que quedaba exclusivamente a la voluntad del Sr. de instar el divorcio. Se refiere que «cuestión distinta es que pudieran concurrir indicios suficientes que permitieran cuestionar que existiera de verdad esa voluntad de pedir el divorcio y que, según se denunciaba en el recurso, se hubieran dejado de adoptar de oficio los medios de prueba necesarios para constatarlo». La Sala declara que «en el presente caso no puede concluirse que

el tribunal de apelación haya dejado de adoptar medios proporcionados para corroborar que el demandante persistía en la voluntad de divorciarse». Declara el FD Segundo:

«2. Resolución del tribunal. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

[...] Antes de presentar la demanda de divorcio, el Sr. había sido objeto de un procedimiento de provisión de apoyos, que había concluido con una sentencia que constituía una curatela para asistirle en la realización de los «actos jurídicos, económicos y mercantiles complejos» y para supervisar «su tratamiento médico y todo lo relativo a su salud». Estas necesidades de apoyo provenían de un proceso de deterioro cognitivo que padece Sr..

Como muy bien informa el Ministerio Fiscal, el contenido de esta curatela no afectaba a la voluntad de pedir el divorcio del matrimonio. La necesidad de intervención de la curadora alcanzaba, en el ámbito patrimonial, a la realización de actos jurídicos, económicos y mercantiles complejos; y en el ámbito personal a la supervisión del tratamiento médico y todo lo relativo a la salud. Los «actos jurídicos complejos», a los que se refiere la sentencia que establece los apoyos al Sr. son de naturaleza patrimonial y no personal. De este modo, del contenido de las medidas de apoyo acordadas por sentencia, no puede desprenderse, como pretende el recurso, que para pedir el divorcio fuera necesaria la

intervención de la curadora.

En este contexto, quedaba exclusivamente a la voluntad del Sr. a instar el divorcio. Cuestión distinta es que pudieran concurrir indicios suficientes que permitieran cuestionar, como hace la recurrente en el recurso extraordinario por infracción procesal, que existiera de verdad esa voluntad de pedir el divorcio y que, según denuncia, se hubieran dejado de adoptar de oficio los medios de prueba necesarios para constatarlo. Lo que analizamos a continuación.

TERCERO.

[...]

«2. Valoración del tribunal. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

El motivo cuestiona que, habiendo indicios suficientes para sospechar que el demandante no persistía en la voluntad de divorciarse, el tribunal hubiera dejado de verificar esa voluntad, mediante una entrevista o exploración del demandante.

En principio, la entrevista del juez o tribunal con la persona con discapacidad se prevé con carácter necesario en el procedimiento judicial encaminado a resolver sobre las medidas de apoyo, tanto en el de jurisdicción voluntaria (art. 42 bis.b).3 LJV), como en el procedimiento contradictorio (art. 759.1.1º LEC). Fuera de esos procedimientos, la ley no impone al tribunal realizar esta entrevista con una persona con discapacidad que se vea afectada por el resultado del procedimiento.

Bajo la nueva normativa, a la hora de pronunciarse sobre la procedencia de medidas de apoyo judiciales, el tribunal debe tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 268 CC). Subyace a esta previsión la necesidad de preservar, en la medida de lo posible, la autonomía de la voluntad de esa persona.

En otros procedimientos de familia que afecten a una persona con discapacidad y en los que sea relevante su voluntad, por regla general, no tiene por qué cuestionarse la voluntad manifestada por su representación legal, razón por la cual no tiene sentido que el tribunal se cerciore de oficio de cuál es la verdadera voluntad de esa persona mediante una entrevista. No obstante, tampoco hay que excluir que en casos muy excepcionales en que concurren circunstancias, especiales y relevantes, que constituyan indicios evidentes de esa distorsión de la voluntad, un tribunal pudiera acordar de oficio la entrevista con esa persona».

b. STS 854/2024 de 12 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3430), sobre provisión judicial de apoyos, en forma de curatela.

En el caso, la Sala, a la vista del juicio de capacidad realizado en la instancia, entiende que la sentencia recurrida infringe las exigencias contenidas en el art. 268 CC, en cuanto que el contenido y alcance de la curatela no guarda relación

con las necesidades de la persona afectada (esencialmente, dentro del ámbito personal, al tratamiento médico y a la desmesurada actividad de denuncia judicial desarrollada como consecuencia del delirio que padece). La medida de apoyo acordada, por su contenido, una curatela representativa que afecta a todos los actos de la persona, personal y patrimonial, no es proporcional con las necesidades provocadas por los trastornos psíquicos que sufre la persona afectada.

c. STS 875/2024 de 18 de junio ([ECLI:ES:TS:2024:3527](#)), sobre provisión judicial de apoyos y guarda de hecho.

En este caso se declara la procedencia de la curatela con funciones de representación en un supuesto en que el curador es un hijo que de hecho se está haciendo cargo del cuidado de su madre. Se reitera la jurisprudencia contenida en las sentencias 1443 y 1444/2023, de 20 de octubre, en la interpretación del art. 255 CC: «(...) *del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente prestar mejor ese apoyo*».

d. STS 1143/2024 de 19 de septiembre ([ECLI:ES:TS:2024:4400](#)), sobre provisión judicial de apoyos y curatela.

La Sala estima parcialmente el recurso de casación, «a la vista del juicio de capacidad realizado en la instancia, la sentencia recurrida infringe las exigencias contenidas en el art. 268 CC, en cuanto que el contenido y alcance de la curatela no se ajusta a las necesidades detectadas, provocadas por la discapacidad». Y es que «se estima que las necesidades provocadas por el trastorno psíquico afectan a la realización de los actos de administración y disposición patrimonial complejos. Si bien está justificada una curatela con una función asistencial que, al mismo tiempo, supedita la validez de los actos a la autorización del curador, no es necesario atribuir a este curador funciones de representación».

