

FAMILIA SUCESIONES ICAV

PALOMA ZABALGO

El “levantamiento en armas” de la abogacía especializada en derecho de familia.

VÍCTOR MORENO SOLER

La vacunación contra la Covid-19 en menores de edad ante la discrepancia entre progenitores.

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

El cuidado de los animales de compañía en defecto de acuerdo tras la crisis conyugal. Breve comentario al nuevo art. 94 Bis cc.

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Fecha desde la que se deben los alimentos y momento desde el que surten efectos la modificación de su cuantía.

LA NECESIDAD DE UNA JURISDICCIÓN DE FAMILIA, Y DE UNA FORMACIÓN DE CALIDAD

Transcurrido el primer trimestre del año 2024, compartimos con vosotros unas líneas reivindicando en primer lugar la necesidad imperiosa de la creación de una jurisdicción de familia que los operadores jurídicos que nos dedicamos al derecho de familia anhelamos y que desoye sistemáticamente la administración competente, y en segundo lugar la exigencia a los profesionales de una formación especializada, de calidad, que de respuesta efectiva y eficaz a los problemas que la ruptura de la convivencia conlleva; no en vano, en todos los foros de familia como bien sabéis, se recuerda esta exigencia para dar respuesta al justiciable, a las familias que se ven abocadas a acudir al juzgado para resolver sus controversias; y que precisan no sólo de celeridad, por cuanto los intereses en juego afectan a menores y su interés es el primero en salvaguardar, y ese ha de ser nuestro principal cometido, su bienestar, sino porque como bien decimos todos, y hago nuestras, vuestras reflexiones: **una justicia tardía “no es justicia”**. ¿Cuántas veces la decisión del juzgado llega tarde? O ¿ya no es efectiva? De ahí que nuestro empeño no ha de ser otro que exigir la creación de juzgados que den respuesta con celeridad a los problemas de las familias; en caso contrario tenemos a ciudadanos de primera, aquellos que en su ciudad tienen juzgados de familia, y ciudadanos de segunda, aquellos en los que su asunto no se trata por juzgados especializados, con el riesgo que ello comporta, y que no deja de ser una discriminación por el lugar de residencia; por tanto nuestro empeño y el de aquellos que nos representan ha de estar dirigido a la creación de esta jurisdicción de familia, y ello porque nos encontramos ante problemas que afectan directamente a las personas, a los niños niñas y adolescentes, a su integridad moral, a su educación, formación ...etc; si bien, la pandemia primero, seguido de las huelgas en la administración de justicia han afectado a todas las jurisdicciones, no sólo a la jurisdicción de familia y de ello somos conscientes, si que es cierto que la sensibilidad del derecho de familia no es comparable con los procedimientos que pudieran afectar al derecho mercantil...etc y es evidente que aquellos son de primer orden, por eso esta jurisdicción no puede esperar, y su creación deviene ya una necesidad vital, y ello para

Silvia Moya

Abogada



reforzar a las familias que precisan de la justicia para reorganizar su vida tras una ruptura.

En segundo lugar, nos encontramos los que amamos el derecho de familia, porque para dedicarse a esta especialidad hay que tener vocación, y no poca, creo que todos compartiréis con nosotros esta premisa; y de los que se nos presume formación continúa y de calidad; y digo presumir porque debería de ser una exigencia a los profesionales que operan en esta jurisdicción; en muchas ocasiones la tranquilidad de los justiciables a priori enfrentados por la ruptura y las consecuencias de esta dependen del buen hacer de los operadores que la dirigen; el sentido común y las perspectivas de alcanzar la ansiada “paz familiar” deben ser nuestro máximo exponente, siempre velando por los intereses de la familia; conocer por tanto la materia y formarnos sin duda nos facilitarán este cometido; y así desde el ICAV, y en particular la Sección de Familia y Sucesiones, como no puede ser de otra manera, trabajamos para ofrecer una formación de calidad; en este sentido os comparto nuestra ilusión en el próximo ciclo familia que hemos organizado y que celebraremos el próximo 19 de Abril para tratar materias todas ellas relacionadas con el derecho de familia, que nos van a permitir estar a la vanguardia y ofrecer al ciudadano una visión del derecho de familia experta y actual; y al que os invitamos a participar; no quiero despedirme sin lamentar y recordar, y lo hago en nombre de toda la Sección de Familia y Sucesiones, a todas las víctimas del trágico suceso del barrio de Campanar, poniéndonos a su disposición para todo cuanto precisen.

02

EDITORIAL

SILVIA MOYA

La necesidad de unajurisdicción de familia y, de una formación de calidad.

04

PALOMA ZABALGO

El “levantamiento en armas” de la abogacía especializada en derecho de familia.

08

VÍCTOR MORENO SOLER

La vacunación contra la Covid-19 en menores de edad ante la discrepancia entre progenitores.

14

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

El cuidado de los animales de compañía en defecto de acuerdo tras la crisis conyugal. Breve comentario al nuevo art. 94 Bis cc.

21

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Fecha desde la que se deben los alimentos y momento desde el que surten efectos la modificación de su cuantía.

icav

Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

FAMILIA y SUCESIONES **ICAV**
NÚMERO 29/2024

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Plaza Tetuán, 16- 46003 Valencia. Tel. 963 9412 887.
Web: www.icav.es / E-mail: palmira@palmiratrelis.com [Directora] Palmira Trelis Martín.
[Colaboradores] Silvia Moya, Paloma Zabalgo, Víctor Moreno Soler, Pedro Chaparro Matamoros, José Ramón de Verda y Beamonte [Imágenes] Por Freepik.
ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación “FAMILIA y SUCESIONES **ICAV**” pertenecen exclusivamente a sus autores.

EL “LEVANTAMIENTO EN ARMAS” DE LA ABOGACÍA ESPECIALIZADA EN DERECHO DE FAMILIA



Hace pocos días, una compañera de la misma ciudad donde resido, me preguntó mi opinión para solicitar la admisión en una asociación de derecho de familia, o adherirse como miembro a una Sección especializada de un Colegio de Abogados, tanto nacionales como internacionales, y como buena abogada, quería conocer las ventajas e inconvenientes de esa adhesión, todos los beneficios o perjuicios que puede suponer.

En la actualidad, pertenezco a varias asociaciones y secciones especializadas en derecho de familia, tanto nacionales, como locales o internacionales, e incluso asociaciones especializadas por la materia, todas ellas especializadas en derecho de familia y sucesiones, infancia y adolescencia.

En un inicio y, como casi todos los abogados especializados en familia, me asocié a

la asociación nacional con mayor número de miembros (todos aquellos que trabajamos o estamos especializados en derecho de familia, saben de cuál hablo) y considero que fue, un rotundo acierto.

Comencé por tanto a acudir a jornadas especializadas, compartir dudas en derecho, además de dudas en el propio ejercicio de la profesión, abordar materias en las cuales y desde la soledad de mi despacho no me resultaba – por falta de tiempo – poder profundizar, y que conseguí hacerlo mediante el acceso a los recursos de la asociación, es decir, disponía, no solo de herramientas en derecho, sino la posibilidad de compartir con otros compañeros, dudas y cuestiones, generando un gran enriquecimiento tanto profesional como personal.

A continuación -y estoy hablando de hace muchos años ya..-, se creó en mi Colegio de

Abogados, la Sección de Familia y Sucesiones, especializada igualmente en derecho de familia, a la cual no dudé en integrarme desde su inicio, como sé ocurrió en muchos otros Colegios de Abogados de España

Un par de años antes de la pandemia mundial (aún a día de hoy sigo estableciendo un antes y un después de la pandemia, y parece que, poco a poco vamos también olvidando), me resultó muy atrayente un congreso que se realizaba en un país exótico para todos, cruzando el Océano Atlántico, en unos días que eran festivos en España, y con unos ponentes de excepción. Me planteé la inversión económica y el tiempo a dedicar, pero el frío de mi ciudad y la promesa de un baño en el Mar Caribe mientras aprendía derecho de familia, restaron todas mis dudas.

El aterrizaje en esta asociación internacional de derecho de familia fue nuevamente un gran acierto. Me encontré ante una asociación que fue constituida en ese primer congreso, y en la que tuve la oportunidad de encontrarme y conocer a grandes abogados de familia, tanto españoles como de otros países, abogados que son una verdadera eminencia y referente en cada uno de sus países, incluido el nuestro.

Esa experiencia me permitió, no solo conocer las diferencias que todos suponemos existentes en la legislación y aplicación del derecho en cada país, sino y fundamentalmente, conocer todo aquello que compartimos la abogacía de familia sea cual sea el lugar en el que ejercemos.

El abogado y abogada especializado en derecho de familia (incluyo sucesiones en el mismo concepto) debe ostentar no solo amplios conocimientos la materia, sino que, nos encontramos ante un ejercicio que requiere de muchas otras habilidades, y entre otras, habilidades de mediación, negociación, conciliación, colaboración ..etc y todo ello en el camino de poder orientar a las personas en uno de los momentos mas complicados de su vida, al encontrarse en situaciones emocionalmente muy difíciles.

En ese foro internacional e incluso nacional, comprendí que ya ejerzas en Inglaterra, Argentina, Nueva York, o España, todos compartimos los mismos o similares intereses e incluso valores, siendo el interés y la protección de los niños, niñas y adolescentes

emblema de todos ellos, además del interés y capacidad de aprendizaje diario, el intercambio de las dudas de cómo gestionar los despachos, el proceso, los clientes (¡aun de tan y diversos países!), cómo cobrar adecuadamente los honorarios, cómo otorgar la mayor atención especializada, verdaderamente cuestiones que preocupan a todos y cada uno de los abogados y abogadas en todos los lugares del mundo.

Además de ello, el poder hablar y comentar, intercambiando ideas con estos grandes profesionales en cuanto a su forma de trabajo, ejercicio, sus aspiraciones, sus objetivos, me resultaron sumamente enriquecedores no solo a nivel profesional sino personalmente, generándose una red de contactos entre nosotros, que a lo largo de los años me ha permitido tener y contar con grandes profesionales en muchos países, y por qué no decirlo, también con grandes amigos, en los que debo incluir la abogacía española de todas y cada una de las ciudades, que hemos coincidido en estos foros internacionales.

Esta experiencia, me llevó a su vez a aterrizar en otras asociaciones internacionales o nacionales especializadas en la materia e incluso a fundar o constituir en España otras asociaciones, ante la necesidad actual de buscar y luchar entre todos por una especialización del derecho de familia, siendo sorprendente que España sea uno de los pocos países, que no cuenta con esa especialización, y aun a pesar de eso, las Sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo, son referentes para muchos otros países.

He pertenecido a la Junta Directiva de varias de ellas, y he comprobado el gran esfuerzo y tiempo que cada uno de los miembros de la Junta realiza para ofrecer conocimiento, herramientas y aprendizaje a todos los miembros de la asociación, y que se da con una gran generosidad porque verdaderamente lleva mucho tiempo poder gestionar todas estas cuestiones.

Existe indudablemente en España en este momento una situación de necesidad de la abogacía especializada en familia de asociarse ya sea en instituciones o asociaciones privadas, con el fin de poder compartir, y por qué no, conocer la práctica de otros compañeros, contando así con las experiencias en cada uno de los juzgados a los que acudimos, y aun a pesar de las iniciales suspicacias en-

tre unas asociaciones y otras, veo como todos vamos adhiriéndonos o perteneciendo a muchas de ellas, compartiendo foros tanto nacionales como internacionales, mediante asociaciones privadas o instituciones, las cuales se han convertido un lugar de encuentro para todos nosotros.

Este actual momento de adhesión y/o creación de asociaciones, o pertenencia a instituciones de la abogacía especializada en familia, supone en mi criterio una verdadera revolución de la abogacía de derecho de familia, y considero que significan una ventaja o beneficio para todos.

Estamos hablando que hace no tantos años, el derecho de familia, era considerado por muchos como un derecho secundario o residual, procesos considerados “fáciles “ y sin un necesario conocimiento específico, nada mas lejos de la realidad, al ser necesarios unos conocimientos muy elevados además de conocer las cuestiones procesales específicas, unidas a todas las herramientas y habilidades anteriormente mencionadas.

La abogacía especializada en derecho de familia nos hemos levantado en armas, levantamiento iniciado por nuestro Tribunal Supremo, gracias a todos aquellos abogados y abogadas que acudieron al mismo reclamando respuestas para adecuar las resoluciones judiciales a la actual sociedad y dar respuesta a una situación social que nada tenía que ver con lo dispuesto en nuestro Código Civil (sin mencionar las legislaciones forales que son en algunos casos un verdadero ejemplo de la adecuación de la ley a la situación social).

Así, y aun a pesar de los tímidos y escasos e insuficientes cambios que ha realizado el legislador, han sido nuestros tribunales quienes han dado respuesta y han ido adecuando el mundo judicial a la realidad, en respuesta a ese cambio social no reflejado en las leyes. Estoy hablando, como todos conocemos, de la custodia compartida, pero también de la limitación del uso de domicilio familiar a los 18 años, de las causas establecidas para la extinción de la pensión de alimentos por causa de ingratitud, de las consecuencias de la entrada de un tercero en el domicilio familiar, etc. Y así, una revisión de las sentencias de los últimos años, ponen de manifiesto esa revolución en los procesos de familia y en la abogacía especializada en derecho de familia.





Y en esta revolución, tanto la asociaciones como las instituciones, en este caso hablo de los colegios de Abogados de España, y las Secciones especializadas constituidas, están realizando y efectuando un papel muy importante para situar el derecho de familia dónde le corresponde, porque este movimiento llevará a que consigamos esa especialización que todos reclamamos y es tan necesaria.

Es cierto que la pertenencia a una asociación o institución, conlleva un coste o una inversión, ya sea en dinero o en tiempo, pero es necesario, porque el levantamiento está en marcha y todos juntos conseguiremos esa especialización, como así se ha demostrado con el cambio propiciado por los tribunales y todos los operadores jurídicos, así como por la abogacía especializada en derecho de familia.

Paloma Zabalgo

Presidenta de la Sección de Familia y Sucesiones de ICAM en Madrid



LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19 EN MENORES DE EDAD ANTE LA DISCREPANCIA ENTRE PROGENITORES

Como es bien sabido, el sistema de vacunación infantil en España es voluntario, a diferencia del calendario de vacunación obligatorio que se aplica en otros Estados. Ello ha permanecido intacto en todo este período de cuatro años que hemos vivido desde que irrumpiese la Covid-19 en nuestras vidas. Por ello, la decisión relativa a la inoculación de la dosis está íntimamente relacionada con los progenitores, que son quienes ejercen la patria potestad. Pero, ¿qué sucede si los progenitores no están de acuerdo respecto a la administración de la vacuna para sus hijos?

Nuestro ordenamiento jurídico permite que, ante la discrepancia entre progenitores uno de ellos o ambos puedan iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria con el objeto de que un Juzgado de Primera Instancia (órgano competente en virtud del art. 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria) decida mediante Auto a quien otorgar la patria potestad para tener la facultad de elegir en alguna cuestión específica, como puede ser la administración de una vacuna. De hecho, tras el pronunciamiento obtenido también es posible, ante la eventual insatisfacción de una de las partes, interponer un recurso de apelación para que la corre-





spondiente Audiencia Provincial se pronuncie al respecto. Pues bien, como podemos imaginar, el número de controversias judiciales en torno a esta cuestión ha experimentado un notable crecimiento en los últimos años.

En las próximas líneas analizaremos los argumentos que han servido de base para que los órganos judiciales determinasen quién había de tomar esta decisión. Y ello porque no ha existido un consenso jurisprudencial relativo a la decisión de si suministrar o no la vacuna al menor de edad. También nos aproximaremos a las recientes resoluciones del Tribunal Constitucional, que han debido determinar si ha existido violación de algún derecho fundamental como resultado de la respuesta judicial obtenida por los progenitores.

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA VACUNACIÓN INFANTIL

Una de las cuestiones que más se ha puesto de manifiesto en los asuntos que se han inclinado a favor del progenitor que deseaba la administración de la vacuna para el menor es el recurso de que la misma se presenta como la **medida más efectiva** para controlar los efectos negativos que trae consigo el contagio del virus.

De este modo, se ha afirmado que “es innegable que desde la existencia de las vacunas, la mortalidad, la gravedad y las consecuencias que produce la infección por Covid ha disminuido, y la asistencia sanitaria por causas grave corresponde proporcionalmente a más personas sin vacunar que vacunadas” (AJPII Avilés 11/2022, de 13 enero 2022).

Además, se ha subrayado que ha recibido la **aprobación de las autoridades sanitarias competentes**. Algunas resoluciones han manifestado que el respaldo científico conlleva un aval suficiente que permite suponer que se ha elaborado con las máximas garantías. Por tanto, no estaríamos ante un mero experimento, ya que “no es un ensayo clínico, es un medicamento aprobado por la Agencia Estatal de Medicamentos y por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios” (AAP Valladolid 33/2022, de 17 febrero 2022).

También se ha esgrimido el argumento de la **solidaridad social**, que previamente había sido desarrollado en este sentido en la STEDH en el asunto de Vavříčka y Otros contra la República Checa de 8 de abril de 2021. En este sentido, se ha sostenido que la vacunación de los niños debe balancearse “buscando contribuir al control de la infección de



la comunidad” (AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021).

De igual modo, el **eventual riesgo** de la administración de la vacuna ha sido considerado **menor que** los **beneficios** que reporta. Y ello ha resultado ser la conclusión tras haber realizado el correspondiente balance riesgo/beneficio.

Así, se ha afirmado que “el riesgo de no vacunarse es, como mínimo, tan alto como la vacunación, sin que existan datos para creer que esperar unos meses pueda servir para despejar las dudas actuales; antes al contrario: puede provocar que la menor permanezca indefensa ante un posible contagio o contagio a terceros” (AJPI Torremolinos 534/2021, de 14 diciembre 2021).

Por último, se ha incidido también en el **perjuicio directo o indirecto en su vida social, familiar o educativa** del menor, tras analizar

el impacto que tiene la vacunación en estos ámbitos.

De esta forma, el incremento de síntomas de depresión y ansiedad durante la pandemia, además de otros factores que afectaron como el aislamiento físico, la alta dependencia de las redes sociales para mantener las relaciones o la falta de ejercicio físico han sido tenidos en cuenta para afirmar que “el principal beneficio indirecto de la vacunación es que les permite recuperar su vida social y de relación imprescindible para su buen desarrollo emocional” (AJPI Santiago de Compostela 67/2022, de 24 enero 2021).

ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA VACUNACIÓN INFANTIL

En el otro lado de la balanza encontramos como argumentos, por un lado, la **incidencia del Covid-19 en menores de edad**, ya que resultaría menos perjudicial para este grupo.

Así, se ha afirmado que el diagnóstico grave “suele estar asociado a la preexistencia de una patología previa, presentando mayoritariamente un cuadro clínico mucho más leve que en adultos, desarrollando el 99,7% de los casos un cuadro leve, siendo la mitad asintomáticos, únicamente el 0,21% de los casos precisó hospitalización y el 0,016% ingreso en UCI pediátrica, de los ingresados más del 50% tenían patología previa” (AJPI Torrent 158/2022, de 30 marzo 2022).

Por otro lado, también se ha planteado en algunos pronunciamientos judiciales el hecho de que existe **desconocimiento** acerca de los **efectos adversos a largo plazo**.

Ello habría llevado a que algún Auto afirme que “los riesgos y efectos adversos de la vacuna Covid, al igual que los de cualquier medicamento, fármaco o vacuna, pueden aparecer muchos años después de su ingesta o inoculación y que el hecho de que aparezcan tardíamente no significa que vayan a tratarse de efectos o secuelas leves, ya que nada obsta para que se trate de dolencias de gravedad” (AJPII N°1 de Montilla y Juzgado de Violencia sobre la Mujer 81/2022, de 10 octubre 2022).

También ha sido argumentada la **escasa certeza sobre la seguridad de la vacuna y autorización de “emergencia”**, apuntando al modo en que se habría autorizado la misma. Se ha mantenido que “ninguna de ellas cuenta con una autorización de vacuna que ha finalizado sus ensayos clínicos”, sino que “la Comisión Europea por previa recomendación de la EMA (Agencia Europea de Medicamento) ha concedido una autorización condicional de comercialización de emergencia a varias empresas o entidades farmacéuticas, por lo que Europa y por tanto, España disponen de ella” (AJPI Icod de los Vinos 314/2021, de 10 diciembre 2021).

En respuesta a otros pronunciamientos favorables a la inoculación de la dosis, aquellos que se han inclinado a favor de la no administración de la vacuna han declarado que la **solidaridad** sería **improcedente**.

Ello se habría justificado en la idea de que “una inmunización completa no excluye la capacidad de contagio, ni de transmisión del virus a personas con patologías o de edad avanzada, por lo que el debate entre el interés del bien común por encima del interés in-

dividual ya no es discutible” (AJPII San Lorenzo de El Escorial 119/2022, de 7 abril 2022).

Por último, también se ha aludido a las **dudas** que existen acerca de la **eficacia de la vacunación infantil** para frenar contagios, argumentando que este colectivo incidirá poco en el contagio comunitario.

En ese sentido, se ha incidido en que “hasta ahora, los niños no han sido el grupo que más ha influido en el comportamiento comunitario de la infección por SARS-CoV-2” (AJPII Palencia 10/2022, de 1 febrero 2022).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el último trimestre del año 2023 el Tribunal Constitucional ha resuelto diversos asuntos que tenían por objeto la decisión de la administración de la vacuna frente a la Covid-19 en supuestos de discrepancia entre progenitores. Cabe destacar que el mismo Tribunal ya había resuelto en el primer semestre del mismo año la incidencia de la vacunación sobre el derecho fundamental a la integridad física, si bien referido a una persona con discapacidad (STC 38/2023, de 20 de abril 2023).

Por lo que respecta al colectivo de menores de edad, encontramos como primera resolución la STC 148/2023, de 6 de noviembre de 2023. Esta Sentencia – que no fue publicada hasta el 18 de diciembre de 2023 – ha servido de base para decidir otros muchos recursos de amparo formulados ante el mismo órgano, ya que se observa cómo el TC se ha limitado a aplicar la doctrina constitucional expuesta en esta Sentencia. De esta forma, tenemos las SSTC 154/2023, 155/2023, 156/2023, 157/2023, 158/2023, 159/2023, 160/2023, 162/2023 y 163/2023, todas ellas de 20 de noviembre 2023 (publicadas el 21 de diciembre 2023). También las SSTC 180/2023, 181/2023, 182/2023, 183/2023, 185/2023, 186/2023 y 187/2023, todas ellas de 11 de diciembre 2023 (publicadas el 18 de enero 2024).

Pues bien, en todas ellas se resuelven recursos de amparo formulados por el progenitor que no deseaba que se le administrase a su hijo, menor de edad, la vacuna contra la Covid-19. En esta Sentencia – que ha servido como “leading case” – se disputaba la posible existencia de una vulneración del derecho



a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), así como una violación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Por lo que respecta a la primera de ellas, la demandante de amparo lo vinculaba directamente a la omisión del trámite de comparecencia previsto en el art. 85.1 de la Ley 15/2015, pese a que había sido expresamente solicitado en el escrito de oposición. Se argumenta que ello le habría causado indefensión al no haber podido aportar más pruebas - a pesar de permitirlo el art. 17.3 de la Ley 15/2015 - ni tampoco haber podido ser interrogada sobre los motivos de oposición al tratamiento médico.

El Tribunal Constitucional se remite a su jurisprudencia para afirmar que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental que no tiene carácter absoluto. También que para que se produzca violación de este derecho se exige que concurren dos circunstancias: i) que la denegación o inejecución re-

sulten imputables al órgano judicial; ii) que la prueba denegada o no practicada resulte decisiva en términos de defensa, ya que en caso de haberse practicado la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta. En este caso, el TC considera que en la demanda de amparo no se ha argumentado de qué manera y en qué medida el interrogatorio habría podido alterar el resultado final del pleito; ni tampoco cuáles son las otras pruebas que se hubiera pretendido proponer en la comparecencia ni de qué modo su práctica habría podido influir en la decisión final.

Por lo que concierne a la segunda de ellas, del derecho a la integridad física moral, se argumenta en la demanda de amparo que la administración de la vacuna, a falta de consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada, precisa para su constitucionalidad el cumplimiento de los requisitos generales que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos.

El Tribunal Constitucional rechaza que se haya vulnerado el art. 15 CE al constatarse que se ha cumplido con el presupuesto básico que el art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002 establece para que pueda acudir al consentimiento por representación – otorgado por los progenitores de común acuerdo o por la autoridad judicial en caso de desacuerdo – porque el menor carecía de la capacidad emocional e intelectual necesarias para comprender el alcance la intervención y los padres contaban con la información adecuada para la prestación del consentimiento desde un momento anterior incluso a la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Además, también se ha cumplido con el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales, ya que tuvieron como fundamento esencial la protección del interés superior del menor en relación con la protección de su salud, teniendo en cuenta la recomendación de las autoridades sanitarias, que se mostraban a favor de la vacunación de menores haciendo una ponderación de riesgos y beneficios de la vacuna, que el TC no ha estimado desvirtuadas por los informes que aportó la recurrente.

Por tanto, pocas dudas existen en torno a la constitucionalidad de las decisiones que se tomaron en sede judicial a favor del progenitor que instaba a la administración de la vacuna en el menor de edad. Ahora el interrogante que se podría plantear es si el mismo Tribunal adoptaría una posición en el mismo sentido ante un eventual recurso de amparo interpuesto por el progenitor que deseaba que el menor fuese vacunado y no le fue otorgada la patria potestad para ejecutar tal pretensión.



Víctor Moreno Soler

Investigador Postdoctoral de la Universidad de Valencia.



EL CUIDADO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN DEFECTO DE ACUERDO TRAS LA CRISIS CONYUGAL. BREVE COMENTARIO AL NUEVO ART. 94 *BIS* CC



1. La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, introdujo en el Código Civil un nuevo artículo (el 94 bis) que, en defecto de acuerdo sobre su cuidado, se ocupa de regular el destino de los animales de compañía tras la crisis familiar de sus propietarios, ante la imposibilidad de seguir conviviendo

simultáneamente con ambos en el futuro. Dicho precepto establece que “La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar

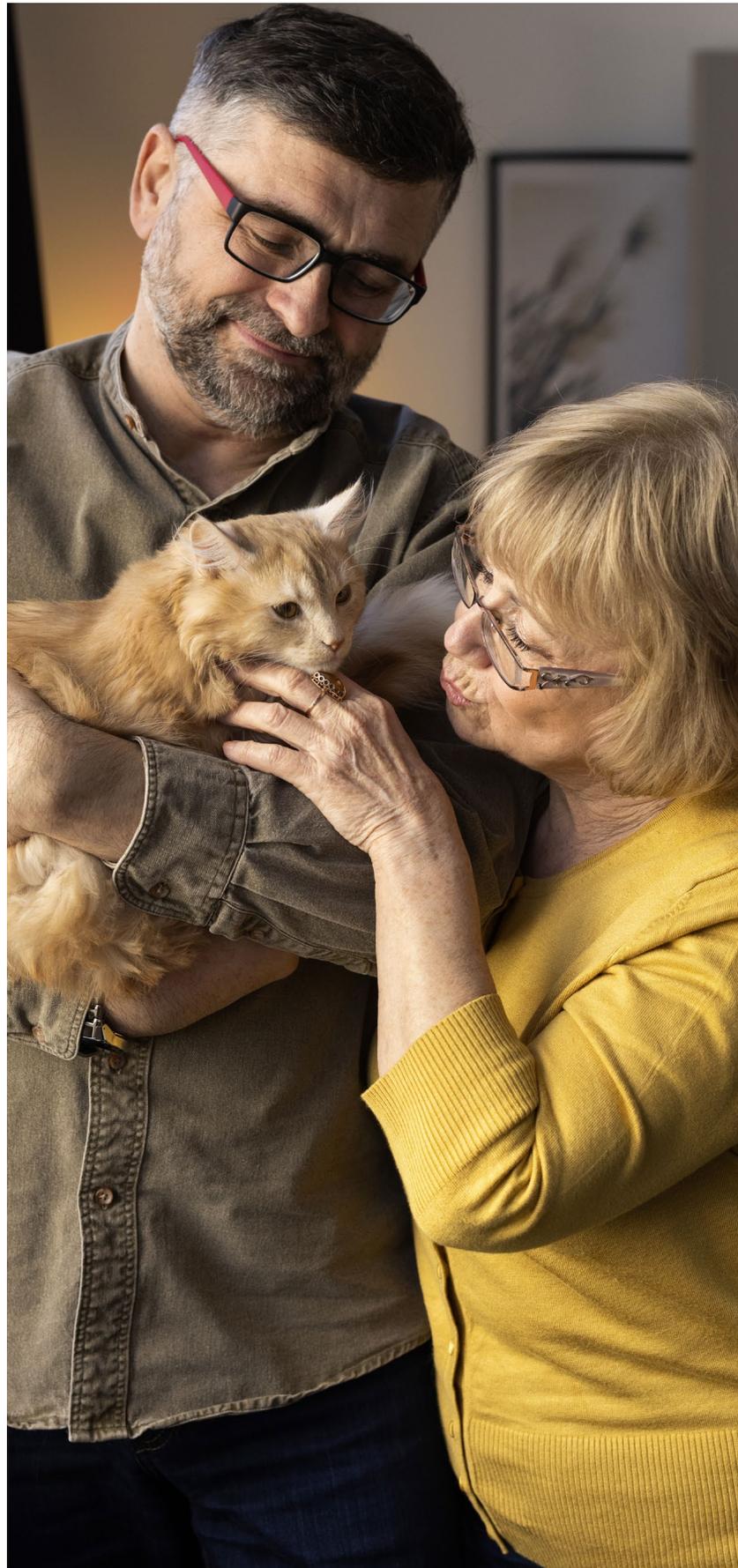
del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales”.

Más allá del acierto o no de la regulación establecida (lo que solo el tiempo dirá), de la falta de seguridad jurídica que puede generar la aplicación de criterios indeterminados (cuya valoración puede ser muy dispar en función del juzgador) y de si hubiera resultado deseable extender el mismo régimen a las parejas no casadas, lo loable del nuevo art. 94 *bis* CC es que consagra una solución legal de la que el ordenamiento jurídico patrio carecía, evitando de este modo el puntual recurso al empleo de normas propias de la relación paterno-filial para decidir el destino del animal de compañía, con base en un supuesto paralelismo en las relación existente entre padres e hijos y dueños y mascotas¹.

2. Habida cuenta la diversidad de supuestos que pueden darse en la práctica, el legislador ha optado por una regulación flexible, partiendo para la atribución del cuidado del animal de dos criterios: el “interés de los miembros de la familia” y el “bienestar del animal”. Cabría plantearse si estos dos criterios constituyen un *numerus clausus* o una mera enumeración *ad exemplum*, ante lo que me decanto por lo segundo pese a que el uso de una conjunción copulativa (“y”) entre ambos parece cerrar el listado; no debiéndose excluir, en particular, el criterio de la titularidad dominical si la aplicación de los otros no arroja un resultado claro a efectos de la determinación del cuidado del animal².

1 A este respecto, v. GIL MEMBRADO, C.: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 61; y LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Comentario al art. 94 *bis* CC”, en CAÑIZARES LASO, A. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Colección “Textos legales comentados”, Valencia, 2023, p. 968.

2 La titularidad dominical no emerge como un criterio al que se deba atender; de hecho, el art. 94 *bis* CC parece excluirlo expresamente (“con independencia de la titularidad dominical” del animal...), ya que, como apunta GARCÍA PRESAS, I.: “El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8 *bis*, 2018, p. 135, en caso de cese de la convivencia de los cónyuges debe valorarse más la “relación de compañía con el animal, de carácter



Tampoco parece, por otra parte, que de la dicción literal del art. 94 *bis* CC se desprenda un orden de preferencia entre ambos criterios (el “interés de los miembros de la familia” y el del “bienestar del animal”), sino más bien la necesidad de combinarlos³, por lo que en caso de que su aplicación diera lugar a resultados opuestos (por ejemplo, que el bienestar del animal se satisficiera en mayor medida siendo asignado para su cuidado al

extrapatrimonial” que el “título de propietario del mismo”.

Con todo, de lo que se trata, en realidad, es de que la titularidad no actúe como criterio decisor de la asignación del cuidado del animal, pues la mera titularidad sobre el mismo no implica proporcionarle unas mejores atenciones (ni la cartilla de vacunación ni el microchip proporcionan *per se* cariño y afecto), pero ello no impide que se deba tomar en consideración cuando del juego de los criterios expresamente referidos en el precepto no resulte una solución clara.

3 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, 2ª. ed., REUS, Madrid, 2022, pp. 214-215.

progenitor no custodio, quien no representa el interés mayoritario de los miembros de la familia), deberá acudirse a otros criterios subsidiarios, como podría ser el de la titularidad dominical. En cualquier caso, si del recurso a otros criterios no resultara ninguna solución (por ejemplo, por pertenecer el animal a ambos cónyuges), parece que deberá atenderse preferentemente al criterio del “interés de los miembros de la familia”, sin que ello signifique necesariamente que este criterio deba anteponerse siempre y en todo caso al del bienestar animal, ni sacrificar o menoscabar éste en provecho de los intereses de la familia⁴.

4 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, cit., p. 215. También, sobre esta cuestión, ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “El régimen jurídico de los animales domésticos en las crisis familiares”, en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.): *GPS Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 254, considera que la general subordinación del interés animal al humano no significa que, en determinados contextos, “no se puedan limi-



3. Llegados a este punto, parece conveniente analizar en qué se pueden concretar criterios tan abstractos como los referidos en el art. 94 *bis* CC. En primer lugar, y asumiendo la voluntad de todos los componentes de la familia de seguir conviviendo junto al animal de compañía, el “interés de los miembros de la familia” parece hacer referencia a una cuestión numérica, en el sentido de que ese interés vendrá encarnado por el progenitor que conviva con los hijos, en tanto en cuanto la suma de esos miembros de la familia será necesariamente superior a la unidad que representa el progenitor no custodio. En la medida en que existe una relación clara entre este criterio y la custodia de los hijos, podría decirse que la decisión de custodia del animal presupone la previa determinación del régimen de convivencia de los hijos con sus progenitores. Por otro lado, cabe advertir que este criterio dejará de ser relevante en caso de concesión de una custodia compartida de los hijos, puesto que el interés de los miembros de la familia será fluctuante, en función de los diferentes periodos de guarda de los hijos con sus progenitores⁵. Por último, en caso de que el matrimonio no haya tenido descendencia, y presuponiendo que el bienestar del animal se satisface por igual con ambos cónyuges, parece que deberá regir la regla de la distribución equitativa de los tiempos de cuidado del animal⁶.

Esta referencia al “interés de los miembros de la familia” y su entendimiento desde un punto de vista cuantitativo atendiendo a los sujetos que van a convivir con el animal simplifica la solución que se haya de ofrecer, pues prescinde de entrar en la voluntad interna de cada uno de los componentes de la

familia. En este sentido, quizás la voluntad del progenitor no custodio de seguir conviviendo con el animal de compañía fuera superior a la suma de las voluntades del otro progenitor y de los hijos en común, algo que resultaría muy complejo de acreditar por los cauces probatorios ordinarios.

Sea como fuere, el criterio numérico no está exento de problemas prácticos, pues la casuística es muy variada y por ello mismo debe complementarse con el criterio del bienestar del animal. Supongamos, por ejemplo, que el animal de compañía perteneciese al progenitor no custodio de los hijos en común, quien aportó aquél y un hijo propio a la convivencia. Producida la crisis familiar, y atendiendo a que tuvo dos hijos en común con el progenitor custodio, la mera aplicación del criterio del “interés de los miembros de la familia” excluiría que el animal de compañía pudiera ser asignado para su cuidado al progenitor no custodio, lo que resultaría injusto considerando que dicha mascota convivió con éste (y su hijo) por un tiempo indeterminado antes de la convivencia cuya frustración originó la medida de atribución.

En otro orden de ideas, la determinación del “bienestar del animal” es otra operación que resulta compleja, por cuanto aquél no puede expresar su voluntad de manera inteligible, como sí lo haría un ser humano. Ese bienestar debe interpretarse desde dos puntos de vista: uno físico y otro afectivo. El primero de ellos hace referencia a cuestiones de alimentación⁷, higiene, espacio y comodidad⁸. Por su parte, el aspecto afectivo tiene que ver con el sentimiento de pertenencia del animal y

tar determinados intereses de las personas en favor (priorizando, en consecuencia) de los animales de compañía”.

5 Por ello, no faltarán resoluciones que reduzcan el “interés de los miembros de la familia” al interés de los hijos comunes menores de edad, lo que hizo, por ejemplo, la SAP Madrid nº 622/2023, de 26 de junio (JUR 2023, 327998), al disponer que “la resolución que se adopte ha de atender siempre a la mejor protección de los intereses de los menores, de modo que se entiende en este supuesto que lo más conveniente para ellos es que puedan estar siempre acompañados de la mascota, de forma que se trasladará junto con los menores cuando se produzca la alternancia en el régimen de custodia” (F.J. 5º).

6 V. en este sentido la SAP Huelva nº 137/2023, de 23 de febrero (JUR 2023, 255364).

7 La fijación de las cargas económicas que comporte la tenencia, alimentación y cuidado del animal deberá atender a las necesidades concretas de aquél, y podrá ser modificada en función de que esas necesidades se alteren en el futuro (generalmente, al alza, puesto que la longevidad del animal le hará incurrir, posiblemente, en mayores gastos de atención veterinaria). Sobre esta cuestión, puede verse CASAS DÍAZ, L. y CAMPS I VIDELLET, X.: “Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía”, *dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 10/1, 2019, p. 82.

8 Por ejemplo, para un perro no será lo mismo habitar en una casa de 60 m² que hacerlo en una casa con jardín o incluso en un chalet en el campo, especialmente cuando tiene energía y vitalidad debido a su corta edad.



su salud mental y/o emocional⁹, satisfaciéndose mejor este bienestar cuando el animal se asigna para su cuidado a los componentes de la familia a quienes más estima tiene¹⁰,

9 Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: “El bienestar animal como ser sintiente. Un ‘nuevo’ principio general para el derecho de animales”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.) y GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, REUS, Madrid, 2022, p. 124, el principio del bienestar animal se refiere estricta, o principalmente, a este segundo aspecto, y no tanto al disfrute de una vida saludable.

10 Podría pensarse que existe una correlación entre la dedicación al animal y la estima y afecto que éste profesa a los cónyuges; sin embargo, una mayor dedicación no implica *per se* que el animal muestre mayor simpatía hacia el cónyuge que más atenciones y cuidados le presta. Supongamos, por ejemplo, que uno de los cónyuges saca a pasear al perro 3 veces al día, mientras que el otro se limita a servirle comida y limpiarle el comedero y el bebedero. Nadie duda de que pasear al perro puede resultar una actividad más tediosa que dar de comer al animal, especialmente en las horas iniciales y finales

algo de difícil valoración y que puede acabar significando la implantación en los juzgados de profesionales del reconocimiento animal (etólogos), tal y como ha sido apuntado por la doctrina¹¹.

Considerando que no sería extraño que estos dos aspectos no se satisficieran simultáneamente con el mismo cónyuge, no parece que, *a priori*, deba predominar ninguno de ellos. O lo que es lo mismo, podría suceder que el bienestar físico quedara mejor salvaguardado con la asignación del cuidado del animal

del día, en las que supone salir a la calle *ex profeso*; sin embargo, el perro podría valorar más al cónyuge que se dedica a alimentarlo, asociando al mismo un sentimiento agradable como es el de saciedad.

11 V. en este sentido CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, cit., p. 238; y TRUJILLO VILLAMOR, E.: “Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código Civil”, *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2022, p. 17.

a uno de los cónyuges, mientras que para su bienestar afectivo resultara mejor quedar en la compañía del otro. Esta preferencia habrá de dilucidarse a la luz del caso concreto¹².

4. En otro orden de ideas, el art. 94 *bis* CC no contiene ninguna regla relativa a la recogida y devolución del animal de compañía. Aunque, en términos generales, no cabe establecer paralelismos entre la custodia de los hijos comunes menores de edad y el cuidado de los animales de compañía, sí parece conveniente aplicar aquí, en defecto de acuerdo de los cónyuges, la regla jurisprudencial según la cual el que va a disfrutar de la compañía de sus hijos debe desplazarse a la vivienda del otro para recogerlos una vez expire el periodo de custodia de éste, y a la inversa¹³; sin perjuicio de que, en atención a las concretas circunstancias del caso, la autoridad judicial pueda atribuir, mediante resolución motivada, a uno solo de los cónyuges tanto la obligación de recogida, como la de devolución, estableciendo, si así lo estima conveniente, una compensación económica a su favor.

5. Por último, una cuestión que puede suscitarse es si, tal y como sucede con la atribución de la custodia de los hijos comunes menores de edad, cabría aplicar la disciplina del art. 94 *bis* CC a las uniones de hecho, lo que no parece posible a la luz del precepto. En línea de principio, la aplicación analógica del art. 96 CC a las uniones de hecho obedece a una poderosa razón constitucional, como es la no discriminación por razón de filiación¹⁴, ante la disyuntiva de qué hacer con

los hijos menores de edad cuando sus progenitores (no casados) dejan de convivir, supuesto no regulado por el ordenamiento jurídico que requería de una solución que vino dada en sede jurisprudencial. Sin embargo, en el caso de convivencia *more uxorio* no existe una laguna legal que deba resolverse con el recurso a los principios generales del Derecho, puesto que la determinación del cuidado del animal tras la crisis familiar atenderá al criterio de titularidad dominical y, en su caso, a los pactos a que hayan podido llegar los convivientes para regular las consecuencias de su eventual ruptura (especialmente, cuando dicha titularidad sea conjunta).

Cuestión distinta es que en este caso concreto cobran relieve cuestiones que no cabe soslayar; en particular, la de cuál puede ser la justificación de la diversa naturaleza jurídica de los animales atendiendo a si sus propietarios estaban casados (en cuyo caso su destino debe ordenarse valorando, entre otros, el criterio del bienestar animal, fruto de su consideración como ser dotado de sensibilidad) o no¹⁵ (supuesto en el cual se

re la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 94 *bis* CC a las uniones de hecho, no tanto por la analogía entre éstas y el matrimonio, como por la necesidad de proteger el bienestar del animal con independencia de quién sea el conviviente al que pertenezca. Sin embargo, el propio autor reconoce que este entendimiento de la cuestión conllevaría problemas de difícil justificación, pues podría suponer “una suerte de seudo expropiación sin amparo legal directo”.

12 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, cit., pp. 237-238, considera que la indeterminación del concepto del bienestar animal va de suyo con su consideración como principio general del Derecho, por lo que es un concepto que “no cabe precisar *a priori* e *in abstracto*, sino *a posteriori* y *super casum*, no ya solo según la especie, tipo o raza del animal, sino según la propia sensibilidad de cada animal en particular individualmente considerado”.

13 A esta solución llegó, aunque en términos algo confusos, la SAP Córdoba nº 891/2022, de 14 de octubre (JUR 2023, 36682), al establecer que “atendiendo a un criterio de paridad, en cuanto al régimen de entrega y recogida de los animales, a falta de acuerdo, corresponderá a Dña. Erica la recogida de los animales del domicilio de Dña. Elena, correspondiendo a esta última proceder al reintegro de los animales a la finalización del régimen de estancia fijado” (F.J., 4º).

14 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: *Crisis familiares y animales domésticos*, cit., pp. 232-233, sugiere

15 A este respecto, puede verse BASTANTE GRANELL, V.: “Parejas de hecho y animales de compañía”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.) y GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, REUS, Madrid, 2022, p. 457. También se muestran partidarias de aplicar el régimen del art. 94 *bis* CC a las uniones de hecho LÓPEZ TUR, T.: “La guarda y custodia de los animales de compañía”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 18-19, 2021, pp. 89-90; y VÁZQUEZ MUIÑA, T.: “Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34, 2022, pp. 753-754.

En la *praxis* de los tribunales, el AAP Vizcaya nº 1114/2022, de 23 de noviembre (JUR 2023, 333783), afirmó que “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 cuando opera una crisis matrimonial (nulidad, separación y divorcio), sino también en los casos de rupturas de parejas de hecho estables y duraderas equipa-

sigue el criterio de la titularidad del animal, como si de un bien mueble se tratara). En cualquier caso, aun no admitiendo la aplicación analógica con carácter general del art. 94 *bis* CC a las uniones de hecho, debería valorarse la conveniencia de desplazar el criterio de la titularidad dominical por el del bienestar del animal cuando ello fuere necesario en determinadas circunstancias palmarias (por ejemplo, en caso de maltrato animal¹⁶).

BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANELL, V.: "Parejas de hecho y animales de compañía", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.) y GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre*, REUS, Madrid, 2022.

CASAS DÍAZ, L. y CAMPS I VIDELLET, X.: "Las crisis matrimoniales y los animales de compañía: una aproximación práctica desde el ejercicio de la abogacía", *dA.Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 10/1, 2019.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.:

Crisis familiares y animales domésticos, 2ª ed., REUS, Madrid, 2022.

"El bienestar animal como ser sintiente. Un 'nuevo' principio general para el derecho de animales", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.) y GARCÍA MAYO, M. (coord.): *Un nuevo Derecho civil para los*

rabales a las conyugales que poseen una mascota o animal de compañía" (F.J. 2º).

También parecía proclive a la aplicación analógica del art. 94 *bis* CC a una pareja no casada la SAP A Coruña nº 606/2023, de 29 de septiembre (JUR 2024, 18116), si bien en el caso no resultó de aplicación, razona la Audiencia, por no encontrarse vigente al tiempo de presentación de la demanda; de lo que, *a sensu contrario*, se desprende que aquélla hubiera aplicado el referido precepto en caso de haber estado vigente.

16 Así lo puso de manifiesto, en relación con un supuesto en el que procedía la aplicación del art. 94 *bis* CC por tratarse de una pareja casada, la SAP Huelva nº 137/2023, de 23 de febrero (JUR 2023, 255364), al aseverar que la regla general de distribución equitativa del cuidado, tenencia y cargas del animal, debe ceder en aquellos supuestos en que "concurran circunstancias de gravedad y entidad suficientes para propiciar excepción a tal regla general" (F.J. 1º).

animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, REUS, Madrid, 2022.

GARCÍA PRESAS, I.: "El nuevo tratamiento jurídico de los animales de compañía en los divorcios", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8 *bis*, 2018.

GIL MEMBRADO, C.: *Régimen jurídico civil de los animales de compañía*, Dykinson, Madrid, 2014.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: "Comentario al art. 94 *bis* CC", en CAÑIZARES LASO, A. (dir.): *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Colección "Textos legales comentados", Valencia, 2023.

LÓPEZ TUR, T.: "La guarda y custodia de los animales de compañía", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 18-19, 2021.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "El régimen jurídico de los animales domésticos en las crisis familiares", en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (dir.): *GPS Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

TRUJILLO VILLAMOR, E.: "Vale, aceptamos pulpo como animal de compañía. Una modificación animal del Código Civil", *Publicaciones Jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2022.

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: "Y Nietzsche ganó la batalla: por fin tenemos una ley estatal que reconoce a los animales como seres sensibles. Crisis familiares y animales de compañía a propósito de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 34, 2022.

**Pedro
Chaparro
Matamoros**

*Prof. de
Derecho Civil
Universitat de
València*



FECHA DESDE LA QUE SE DEBEN LOS ALIMENTOS Y MOMENTO DESDE EL QUE SURTEN EFECTOS LA MODIFICACIÓN DE SU CUANTÍA



1. Es doctrina jurisprudencial consolidada que, por aplicación de la regla contenida en el art. 148.I CC, los alimentos debidos a los hijos menores de edad habrán de abonarse por el progenitor demandado desde el momento de la interposición de la demanda, y no desde la fecha de la sentencia que los fija.

Tal es la doctrina fijada por la STS 14 junio 2011 (Tol 2154134), reiterada, entre otras muchas, por SSTS 26 octubre 2011 (Tol 2272351), 4 diciembre 2013 (Tol 4052971) y 20 febrero 2019 (Tol 7087653). La SSTS 26 marzo 2014 (Tol 4177207) y 20 diciembre 2017 (Tol 6462791) matizan que esta regla “podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían

de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces”.

En cambio, las sentencias que aumentan o disminuyen la cuantía de los alimentos ya establecidos no pueden retrotraer dicha modificación al momento de la interposición de la demanda, sino que tienen efectos desde la fecha en que se dicten.

Es, así, jurisprudencia reiterada que “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”.

Esta doctrina, basada en los arts. 774.5 LEC y 106 CC, fue fijada por la STS 26 marzo 2014 (*Tol 4177207*) y seguida de manera repetida, entre otras, por SSTs 15 junio (*Tol 5185820*), 20 diciembre 2017 (*Tol 6462791*), 18 julio 2018 (*Tol 6676349*) y 5 noviembre 2019 (*Tol 7571546*).

2. Por lo tanto, si, al resolverse un recurso de apelación, se revoca la sentencia de primera instancia, que no había entendido procedente imponer el pago de una pensión de alimentos, estos se deberán desde el momento de la interposición de la demanda, y no desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, pues es ésta, la que, por primera vez los establece.

La STS 30 noviembre 2020 (*Tol 8230329*) dice, así, que “debemos entender que se acierta en la sentencia recurrida cuando se fijan los alimentos desde la interposición de la demanda, dado que la sentencia de la Audiencia Provincial es la primera sentencia que fija los alimentos, ya que la sentencia del juzgado no los fijaba y dejaba sin efecto los establecidos en el auto de medidas”.

3. Si al resolverse el recurso de apelación se aumenta la cuantía inicialmente fijada en la sentencia recurrida, los alimentos se deberán en dicha

cuantía inicial, desde la fecha de la interposición de la demanda, pero el aumento sólo tendrá lugar desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, que es la que los modifica.

La STS 23 mayo 2022 (*Tol 8995640*) observa que los alimentos fijados por vez primera por la sentencia de primera instancia se devengan desde la fecha de la interposición de la demanda; y ello, “sin perjuicio del derecho del recurrente de acreditar la cantidad abonada voluntariamente, en concepto de alimentos, durante la sustanciación del litigio, a los efectos de evitar una duplicación en el pago”, pero “no son susceptibles de ser descontadas las cantidades relativas al seguro médico privado que cubre también a los litigantes, al constituir partidas distintas a los alimentos fijados en dinero, no compensables”. Por el contrario, el aumento de la pensión de alimentos llevado a cabo por la sentencia de segunda instancia sólo se debe desde la fecha de ésta, por no ser la que primero los establece, limitándose a modificar su cuantía.

4. La jurisprudencia ha negado que pueda considerarse una modificación de alimentos la fijación que establece, como medida definitiva, la sentencia de nulidad, separación o divorcio, variando la cuantía establecida en el auto de



medidas provisionales previas a la demanda, por ser dichas medidas accesorias y conexas al procedimiento principal, de modo que los alimentos serán debidos, desde la fecha de la interposición de la demanda, y no, desde la fecha de la sentencia (que, en rigor, las establece por vez primera).

La STS 6 febrero 2020 (*Tol 7745778*) dice, así, que “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”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS (Pleno) 15 diciembre 2022 (*Tol 9365528*).

En la sentencia de divorcio se había establecido una custodia compartida, sin fijar pensión de alimentos a cargo de ninguno de los progenitores. Posteriormente, el padre instó demanda de modificación de medidas, recayendo sentencia de primera instancia en la que se le concedió custodia monoparental, imponiéndose a la madre la obligación de pagar una pensión de alimentos de 120 euros al mes, 40 euros más de la establecidas en el auto de medidas provisionales, desde la fecha de dicha sentencia, extremos éste, que fue confirmado en segunda instancia. En el recurso, el padre argumenta que los alimentos se debían devengar desde el momento de la interposición de la demanda y no, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, tal y como se sostenía en ella y en la sentencia recurrida, la cual afirmaba que la pensión se había establecido por vez primera en el auto de medidas provisionales coetáneas y “que la sentencia de primera instancia lo único que hizo fue alterar su cuantía por lo que debe considerarse eficaz desde que fue dictada”.

El TS estima el recurso de casación, aplicando la doctrina expuesta por la STS 6 febrero 2020 (*Tol 7745778*), afirmando lo siguiente: “Es cierto, que esta doctrina se refiere a las



medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio del art. 771 LEC, pero también lo es que ha de considerarse extensiva 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”.

5. La acción ejecutiva para pedir el pago de las pensiones adeudadas está sujeta al plazo de caducidad de 5 años del art. 518 LEC, que se cuenta desde la fecha de la exigibilidad de cada una de las pensiones reclamadas. Obsérvese que este plazo de caducidad se superpone al de prescripción del art. 1966.1 CC, también de cinco años, por lo que el demandado puede alegar uno u otro indis-

tintamente, aunque le convendrá alegar la caducidad, si se hubieran realizado actuaciones extrajudiciales para reclamar las pensiones no satisfechas, pues la misma no se interrumpe.

No obstante, dicha caducidad no puede ser aplicada de oficio por los Tribunales, sino que ha de ser invocada por el alimentista como causa de oposición a la ejecución (art. 556.1º, II LEC).

Sin embargo, la STS 14 noviembre 2018 (*Tol 6920143*) ha entendido que la buena fe en el ejercicio de los derechos impide reclamar una deuda de alimentos, al haber transcurrido más de veinte años desde que se fijaron en la resolución judicial, sin haber sido nunca pagados, ni reclamados, incluso respecto del importe de las pensiones no prescritas o respecto de las cuales la acción ejecutiva no está caducada. Dice, así que “No cabe considerar que cumple con los requisitos de ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago”.

**José Ramón
de Verda y
Beamonte**

*Catedrático de
Derecho Civil de
la Universidad
de Valencia.*



SECCIÓN DERECHO FAMILIA

Si quieres
colaborar en
nuestra revista,
escuchamos tus
ideas y opiniones

escríbenos a:

palmira@palmiratrelis.com

