

FAMILIA SUCESIONES ICAV

PILAR MARÍA ESTELLÉS PERALTA

Obligaciones y responsabilidades de los menores en el ámbito escolar y social. ¿Consecuencias?

NURIA MARTÍNEZ

La compatibilidad de la indemnización del artículo 1438 código civil y el trabajo fuera del hogar tras la STS 229/2024 de 21 febrero

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL

Reflexiones en torno a discapacidad y consentimiento matrimonial

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Atribución del cuidado de los animales de compañía ...

LA FORMACIÓN CONTINUA DEL ABOGADO DE FAMILIA

En la recta final del año, nos damos cuenta de que el fenómeno familiar, con el paso de los años, experimenta unos profundos cambios derivados de la evolución de las nuevas demandas sociales de las familias que se quiebran.

Desde el acuerdo de la Junta de Jueces de familia de Barcelona, alcanzado el pasado 7 de Junio de 2024, en aras a un correcto desarrollo del Derecho a la audiencia de niños, niñas y adolescentes, hasta la reciente sentencia de fecha 19 de Septiembre de 2024, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 68 de Madrid, que, en sede de Juicio verbal contencioso, acuerda no sólo que, tras una ruptura de pareja de hecho, haya un “Co Cuidador y corresponsable” del perro propiedad del otro, sino un régimen de vistas, un reparto de sus gastos, así como fija, por primera vez, la cantidad de 600 € en concepto de daño moral *“ocasionado por la ruptura unilateral del sistema de cuidado conjunto acordado en su día”*

Evolución y cambios que desde nuestra Sección abordamos, no sólo con las sentencias que regularmente dejamos a vuestra disposición en el Ágora de la Sección, sino con los Desayunos en Familia, las Jornadas formativas, y los artículos de esta revista de Derecho de Familia y Sucesiones, que tan grata acogida tiene siempre entre todas y todos vosotros.

Magistrados, Notarios, Registradores de la Propiedad, Catedráticos, Profesoras y Profesores de Universidad, compañeras y compañeros....gracias por vuestro esfuerzo altruista y desinteresado, dirigido a ayudar a la con-

**Palmira
Trellis**

*Presidenta
de la Sección
de Familia y
Sucesiones del
ICAV*



secución del compromiso ético que tenemos todos los profesionales del Derecho, recogido en el Estatuto de la Abogacía Española, y que es la FORMACIÓN CONTINUADA.

Y es que el ejercicio de la abogacía, el asesoramiento y la defensa de los ciudadanos, no sólo es vocación y experiencia, sino que requiere un constante reciclaje formativo, derivado precisamente de esa evolución de la sociedad, y con ella, de la ley y de la Jurisprudencia.

Hoy mas que nunca, queremos daros las gracias a todos por la enorme acogida que está teniendo toda la formación que ofrece la Sección, movida por el motor de un trabajo conjunto, lleno de vocación y admiración.

Os animamos a escribir, a aportar sentencias a la Sección que sirvan de apoyo al resto de compañeras y compañeros, a sugerir formaciones que os resulten interesantes, innovadoras y sobre todo, ilusionantes, para hacer más satisfactorio el día a día de esta difícil y comprometida profesión.



02

EDITORIAL

PALMIRA TRELIS

La formación
continua del
abogado de familia

04

**PILAR MARÍA
ESTELLÉS PERALTA**

Obligaciones y
responsabilidades
de los menores
en el ámbito
escolar y social.
¿Consecuencias?

10

NURIA MARTÍNEZ

La compatibilidad
de la indemnización
del artículo 1438
código civil y el
trabajo fuera del
hogar tras la sts
229/2024 de 21
febrero

14

**ALMUDENA
CARRIÓN VIDAL**

Reflexiones
en torno a
discapacidad y
consentimiento
matrimonial

18

**JOSÉ RAMÓN
DE VERDA Y
BEAMONTE**

Atribución del
cuidado de los
animales de
compañía en las
crisis familiares

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

FAMILIA Y SUCESIONES **ICAV**
NÚMERO 31/2024

[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: familiaysucesiones@icav.es [Directora] Palmira Trelis Martín.

[Colaboradores] Pilar María Estellés Peralta, Nuria Martínez,
Almudena Carrión Vidal, 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.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO ESCOLAR Y SOCIAL. ¿CONSECUENCIAS?



I. INTRODUCCIÓN

En este primer cuarto del siglo XXI resulta procedente la conveniencia de reflexionar sobre los diferentes aspectos y regulación de los deberes y responsabilidades de los hijos a la luz de los nuevos modelos de convivencia familiar considerando la nueva realidad social actual, el cambio en los parámetros de convivencia entre parientes, así como la trayectoria cada vez más independiente de los distintos miembros de la familia que apenas se relacionan y el reconocimiento progresivo y acelerado de la madurez del menor por el legislador. Ante esta realidad, se hacen patentes una serie de efectos indeseables derivados de las nuevas interacciones entre padres e hijos menores y adolescentes: desobediencia, agresividad de los hijos hacia los padres, episodios de violencia, acoso o cibercoso en el ámbito escolar y extraescolar o la disminución en el rendimiento académico, en otras dificultades.

Desde distintos ángulos y disciplinas se analizan una y otra vez las responsabilidades y obligaciones parentales en una suerte de círculos concéntricos que acaban convergiendo una y otra vez en la prevalencia -casi absoluta- de los derechos de los hijos y las obligaciones, inacabables, de los padres.

Así las cosas, se constata que mientras que al análisis de las obligaciones de los padres para con sus hijos –particularmente los menores– se le han dedicado numerosos estudios, las obligaciones de los hijos para con sus padres y con otros terceros con los que el hijo se relaciona en su vida cotidiana, recogidas principalmente en el art. 155 CC y en otras normas (art. 9. bis, 9. quinquies LOPJM, etc.), es un tema escasamente analizado por nuestra doctrina y jurisprudencia. Probablemente la falta de jurisprudencia sobre dichos deberes filiales obedezca a la errónea consideración, también por nuestros tribunales, de que las obligaciones filiales no son más que meros deberes morales hacia los padres,



salvo conductas graves que puedan dar lugar a la desheredación del descendiente como afirma Díaz Alabart.

Ahora bien, si atendemos al círculo en el que el menor convive la mayor parte de su jornada, éste se encuentra en un centro educativo. Y en este ámbito escolar los menores son titulares de derechos pero también de obligaciones. Concretamente el art. 9 quáter LOPJM regula los deberes relativos al ámbito escolar y establece que los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo.

Asimismo, los menores deben respetar tanto a los profesores y otros empleados de los centros escolares como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso. Para ello, a través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se

generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

En relación con estos deberes destacan especialmente los siguientes: el deber de estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo; el deber de respeto de las normas de convivencia de los centros educativos, el deber de respetar tanto a los profesores y otros empleados de los centros escolares como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso.

Se trata, en definitiva, de un deber general de respeto que compete al menor y que se extiende tanto a las normas de convivencia como del entorno escolar que le rodea y en el que se desenvuelve el menor cotidianamente, lo que conlleva necesariamente, al respeto a las personas, sean docentes, compañeros u otros empleados del centro donde convive el menor durante su jornada escolar y más allá.

En consecuencia, y frente al incumplimiento de estos deberes de respeto nos encontramos con dos escollos principalmente: por un lado, la falta de tipificación del acoso escolar o “bullying” y por otro la inimputabilidad o reducción de la responsabilidad penal y civil de los menores.

II. RESPONSABILIDAD DEL HIJO MENOR EN LOS CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES ESCOLARES

1. Responsabilidad del hijo menor en los casos de incumplimiento del deber de estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo

Un importante deber que se impone a los menores relacionado con el ámbito educativo es el deber de estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo. Este deber es carácter primordial porque es absolutamente necesario para poder adquirir una formación integral, académica y humana. Sin embargo, cada vez son más frecuentes los casos de fracaso escolar en nuestro país y de falta de motivación en estudiar y de jóvenes y adolescentes. Cabe preguntarse si parte del problema lo generan las leyes educativas como la LOMLOE que desincentivan el estudio porque permite pasar de curso con dos asignaturas no superadas y porque ya no hay calificaciones en las asignaturas sino evaluaciones de diagnóstico y aquello de “repetir” curso se considera una medida excepcional y poco pedagógica. Difícilmente todos estos cambios que propugna la mencionada ley, van a mejorar la disposición al estudio de los menores y frente al fracaso escolar que implica el incumplimiento del deber de estudiar ¿qué medidas se pueden adoptar? Por parte de las autoridades educativas muy pocas, por las propias limitaciones que establece la norma comentada; por los que ejercen la patria potestad, otro tanto, dado el escaso margen de corrección paterna a los hijos que pretende el legislador aunque la jurisprudencia lo haya matizado como hemos analizado.

2. Responsabilidad del hijo menor en los casos de acoso escolar o “bullying”

Otro de los deberes de gran calado e importancia, es el respeto a las personas del entor-

no en el que se el menor se relaciona y convive. Fundamentalmente, el entorno escolar que exige del hijo menor, necesariamente, el respeto a las personas, sean docentes, compañeros u otros empleados del centro donde éste convive, tanto mientras dure su jornada escolar como más allá de ésta. Las consecuencias del incumplimiento de este deber de respeto pueden ser muy graves y dar lugar al llamado acoso escolar o “bullying”, esto es, a un maltrato físico, verbal o psicológico -que se produce entre escolares de forma reiterada y prolongada en el tiempo- e, incluso, a conductas constitutivas del ciberacoso a través de las redes sociales y que inciden sobre la víctima (también menor de edad) más allá de la jornada escolar, aunque no podamos propiamente encuadrar estas conductas en el Código Penal (en adelante CP) pues no existe ningún tipo penal que específicamente tipifique el “bullying”, en estos casos, dentro del “acoso” del art. 172 ter CP, aunque sí podría recurrirse a otros delitos tipificados como el delito de amenazas (de los arts. 169 a 171 CP), las coacciones (del art. 172 CP), trato degradante (art. 173.1 CP) injurias (art. 205 y 207 CP), calumnias (art. 208 y 210 del CP), agresiones y abusos sexuales (arts. 178 y siguientes CP) o la inducción al suicidio del art. 143.1 CP de triste actualidad por los últimos suicidios de adolescentes en nuestro país.

En todo caso y, tratándose de menores de edad, ¿quién es el responsable de estas acciones de acoso tan dañinas y lesivas hacia otros menores? Al efecto deberemos tener en cuenta que los delitos cometidos por los menores de edad gozan de un régimen jurídico específico y mucho más benigno pues la política criminal sobre la responsabilidad de los menores está orientada a la reeducación y reintegración. En consecuencia, el art. 19 CP establece que los menores de dieciocho años que cometan un hecho delictivo no serán responsables criminalmente con arreglo al Código Penal aunque sí podrán ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor, esto es, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORRPM) y aplicable a los mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales.

A) Responsabilidad de los menores de 14 años de edad

A los menores de catorce años, como ya hemos comentado anteriormente, no se le exigirá responsabilidad con arreglo al art. 3 LORRPM, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. Por tanto, los menores de 14 años son inimputables, no tienen responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos. Pueden cometer los hechos del tipo penal sin mayores repercusiones penales. Únicamente podrá serles exigida una eventual responsabilidad carácter civil pero no penal. Actualmente, y dado los elevados índices de acoso escolar y ciberacoso, y apelando a la consideración de una mayor madurez del menor en edades cada vez más tempranas, su inimputabilidad penal es difícilmente comprensible. Si a los 12 años el menor tiene derecho a “ser oído” (art. 177.3 CC) en los procesos de adopción, acogimiento y de nulidad, separación y divorcio de sus padres y en relación con las decisiones que afecten a determinación de su custodia (art. 92 CC). Igualmente, en aquellos conflictos que afecten al ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC). En relación con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, cuyo art. 19 permite solicitar y consentir las prácticas de modificación genital al menor de doce años (con suficiente madurez) exclusivamente sin contar con el consentimiento de sus padres. A nivel patrimonial, y si “tuviere suficiente juicio”, podrá el menor de 12 años otorgar su previo consentimiento para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales (art. 162 in fine CC). Cumplidos los 14 años, podrá el menor incluso otorgar testamento (art. 663 CC), optar por la vecindad civil (art. 14.3 CC) y la nacionalidad española (art. 20.2. a) CC) e incluso, si tiene los 16 años cumplidos, podrá emanciparse (art. 244 CC) o solicitar el beneficio de la mayor edad (art. 245 CC).

En todo caso, tratándose de un menor de 14 años, que no tiene responsabilidad penal, sus padres deberán hacer frente a una responsabilidad patrimonial.

B) Responsabilidad de los menores entre los 14 y los 18 años

Si los menores de edad se encuentran comprendidos entre los 14 y los 18 años, sí son inimputables responderán según el tipo y gra-



vedad del delito cometido que abarcan distintas medidas de internamiento y otras más leves. Ahora bien, en relación con los daños causados a las víctimas derivados de la comisión del delito, el art 61 LORRPM contempla la responsabilidad civil cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, en cuyo caso, responderán solidariamente con él sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho de manera objetiva, sin culpa; responsabilidad que podrá moderarse (no suprimirse) por el juez si los representantes legales no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

En definitiva, la responsabilidad penal o civil de los menores es, en general, prácticamente inexistente. Por el contrario, en los casos de acoso escolar y ciberacoso, es más factible establecer una culpa “in vigilando” de quien desempeña la labor docente con base en el contenido del art. 1903 CC y si el centro escolar es público, incluso, a la Administración educativa en base a la denominada “responsabilidad patrimonial de la Administración” por el mal funcionamiento de los servicios públicos (Fuentes); o bien reclamar a los padres los daños y perjuicios ocasionados por sus hijos como titulares de la patria potestad. Y así el art. 1903.2 CC citado establece que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda, al igual que los tutores (art. 1903.3 CC). En estos casos el legislador establece un sistema en el que se presume la culpa y hace prácticamente imposible la prueba de la debida diligencia derivando la responsabilidad en los padres y tutores por ser tales o en palabras de Yzquierdo “diríase que se trata de una auténtica obligación derivada de la patria potestad o de la tutela”. Patria potestad que ha quedado reducida a un cúmulo de deberes parentales sin posibilidad de corrección a los hijos que yerran, pero sí con obligación de reparar sus malas acciones (art. 154 CC).

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES SOCIALES

Al respecto, interesa destacar que la exigencia de un deber de respeto general tanto al ordenamiento jurídico como al resto de ciudadanos, los bienes comunes y el medio ambiente resulta vacía y poco efectiva si no va acompañada de acciones eficaces para el caso de incumplimiento, sean sanciones u

otras medidas a aplicar directamente a los menores y no a sus padres.

Si, además, tenemos en cuenta que a los menores de catorce años, que infrinjan algunos de los deberes enunciados anteriormente (siempre que la infracción de algunos de estos deberes de respeto implique o se enmarque en un tipo penal), son inimputables y no se le exigirá responsabilidad con arreglo al art. 3 LORRPM, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes, es decir, sin consecuencias para ellos. Y, que tampoco los menores de edad que se encuentran comprendidos entre los 14 y los 18 años, pese a ser imputables penalmente, responderán civilmente de los daños causados a las víctimas por la comisión del delito, pues a efectos prácticos (de acuerdo con el art 61 LORRPM), estos menores responden solidariamente con sus padres (o tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho), que responden de manera objetiva, sin culpa; aunque dicha responsabilidad pueda moderarse (no suprimirse) por el juez si los representantes legales no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Es decir, que el padre y la madre pueden sustraerse a la obligación de reparar el daño siempre que prueben que han actuado con la debida diligencia; pero no es tan simple, para exonerarse tienen que demostrar que no son. Y en todo caso, siendo el menor insolvente y los padres responsables solidarios ¿quién les parece que responderá por los daños causados a la víctima del delito cometido por el hijo menor de 18 años?

Asimismo, el sistema español en materia de daños causados por menores es bastante complejo, y todavía hoy la regulación del art. 1903.2 CC establece claramente la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda. También de los grandes menores cuyo grado de madurez e incremento de su capacidad de obrar ha reconocido de manera reiterada el legislador en las últimas reformas comentadas. Y ello porque, como señala acertadamente De la Válgoma (con cierto sarcasmo), se supone que el hijo no hubiera encontrado la ocasión de ejecutar el acto que lesionó el interés ajeno si el hijo hubiera estado bien educado y vigilado, es decir, si los padres hubieran actuado con la diligencia debida en su responsabilidad de educar personas y ciudadanos. Sin embargo,



¿cómo atribuir la culpa in educando si ya no se puede corregir razonable y moderadamente a los hijos? Luego, si la culpa paterna es el presupuesto de la responsabilidad de los padres tomémosla en serio y dejemos que los padres eduquen libremente a sus hijos, sin intervencionismos.

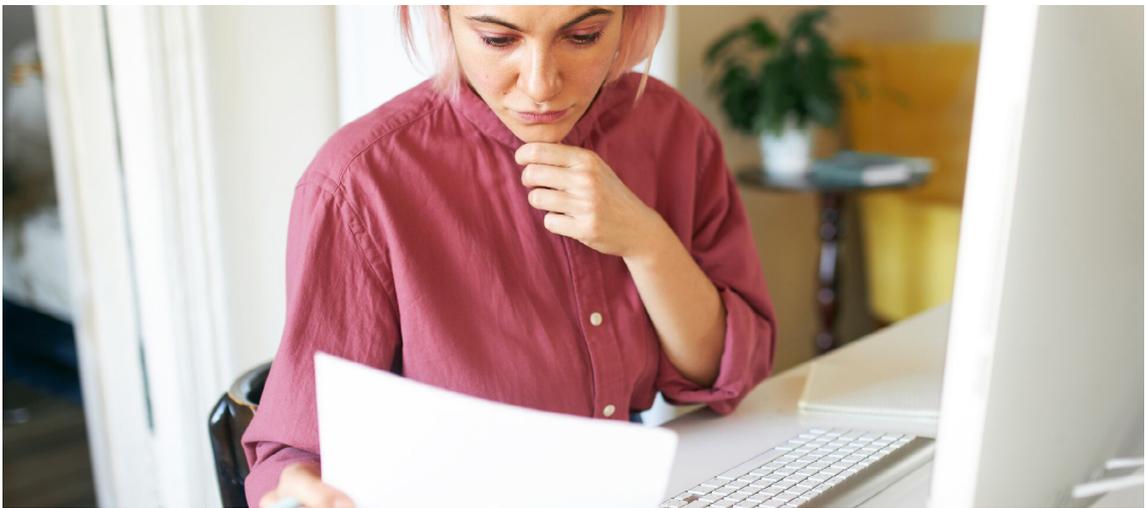
La realidad es difícil de soslayar, si los grandes menores se encuentran legalmente habilitados para realizar determinadas acciones y adoptar decisiones con consecuencias jurídicas para sí y para terceros (cambio de sexo, conducir motocicletas, realizar un trabajo remunerado, etc.) es porque el legislador actual considera al menor como una persona con un evidente desarrollo de su personalidad y madurez muy alejado de los tiempos pasados. Por ello, la realidad familiar actual demanda se exija a los menores asumir responsabilidades por los propios actos dañosos. Por ello, los deberes, obligaciones y responsabilidades reconocidos en todos los ámbitos de su vida, tanto familiar, escolar como social deberían constituir algo más que una mera figura retórica, que una mera norma programática.

Pilar María Estellés Peralta

Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"



LA COMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 CÓDIGO CIVIL Y EL TRABAJO FUERA DEL HOGAR TRAS LA STS 229/2024 DE 21 FEBRERO



Establece el artículo 1438 CC que, a falta de convenio, los cónyuges cuyo régimen económico matrimonial sea el de la separación de bienes, contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma proporcional a sus ingresos, y que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, dando derecho a una compensación económica al finalizar el régimen económico matrimonial.

Derivado de ello, y en la línea interpretativa seguida por la Sala Primera, el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución a las cargas del matrimonio, sino que constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización de dicho régimen. Así lo han referido, entre otras¹, la sentencia TS 357/2023, de 10 de marzo².

1 STS 1423/2023, de 17 de octubre; 534/2011, de 14 de julio; 16/2014, de 31 de enero; 135/2015, de 26 marzo; 136/2015, de 14 de abril.

2 Id Cendoj: 28079110012023100203

Hasta fechas recientes, la doctrina jurisprudencial se había venido pronunciando en términos de que, para que se genere el derecho a la compensación, la dedicación al hogar debía ser “exclusiva, pero no excluyente”. En estos términos se ha venido pronunciado la Sala Primera, entre otras, en sus sentencias 135/2015 de 26 marzo³; 136/2015, de 14 abril y 614/2015, de 15 noviembre; refería la Sala que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar, debía ser exclusiva pero no excluyente. Esta circunstancia, impedía reconocer el derecho en aquellos supuestos en que el cónyuge que la reclamaba, hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, aunque fuera por un tiempo limitado y reducido. Y no excluirla cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se hubiera realizado con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las

3 Id Cendoj: 28079119912015100017

cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. En consecuencia, el desarrollo de cualquier actividad laboral o profesional propia, resultaba del todo incompatible con el derecho a recibir la indemnización por el trabajo doméstico.

En la misma línea, las sentencias TS de 25 enero 2023⁴, 26 marzo de 2015⁵, 26 abril 2017⁶, así como la sentencia de la AP de Valencia de 16 septiembre 2015⁷, han venido reiterando como doctrina jurisprudencial que, “El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”.

No obstante lo anterior, la compatibilidad de la indemnización con el trabajo fuera del hogar y la cuantificación de la indemnización, ha sido abordada de manera reciente por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2024⁸, a cuyo análisis se procede.

Ya en la sentencia TS 18/2022, de 13 enero⁹, se reconoció la compensación a favor de la esposa, aun cuando durante un tiempo simultaneó la realización de las tareas domésticas con un trabajo retribuido fuera del hogar. Refería la Sala que, aquilatar la cuantía de la compensación por este hecho, se ajustaba a la doctrina de la Sala, pero excluir el derecho a la indemnización, por irrazonable y desproporcionado, no; añadía que no era objeto de discusión el hecho de que había sido la esposa la que durante todo el matrimonio

(veinte años), había asumido las tareas domésticas (cinco años compatibilizándolo con trabajo fuera hogar), y durante dieciséis años y medio (desde que nació la hija común) en exclusiva.

En la misma línea, la sentencia de 21 febrero 2024, viene a consolidar dicha doctrina, y remitiendo a la sentencia antes referida de 13 enero, califica de “irrazonable y desproporcionado” rechazar la indemnización del artículo 1438 CC al cónyuge que trabajó fuera del hogar durante los primeros años del matrimonio pero que abandonó su actividad profesional con el nacimiento de los hijos, dedicándose desde ese momento, en exclusiva al hogar.

Con la nueva doctrina, la Sala viene a suavizar el requisito de la dedicación exclusiva al hogar, entendiéndolo que, aunque el cónyuge que se ha dedicado al cuidado de la casa y de los hijos, haya compatibilizado dicha dedicación con trabajo fuera del hogar, no por ello debe entenderse que no tiene derecho a la indemnización, al menos *a priori*. Ello supone un cambio de criterio respecto al que se había mantenido hasta el momento, de ahí la importancia de la sentencia.

Al margen y además de lo anterior, y por lo que se refiere al resto de criterios a tener en cuenta, la sentencia viene a consolidar el criterio de la Sala en cuanto a que, el establecimiento de la compensación del artículo 1438 CC, puede influir en la apreciación del desequilibrio a que se refiere el artículo 97 CC, y por ello, para cuantificar la pensión compensatoria se tendrá en cuenta el reconocimiento de la indemnización del artículo 1438 CC, puesto que el desequilibrio, aunque no desaparece, sí se reduce.

Respecto al criterio de la necesidad de si debe o no existir un enriquecimiento por parte del deudor, sigue reiterando la Sala que no se exige un incremento patrimonial del deudor para el nacimiento de la prestación. Así, no es requisito para que se reconozca el derecho a la indemnización, que el cónyuge obligado al pago haya experimentado un enriquecimiento injusto, es decir, no es necesario que el patrimonio del cónyuge deudor haya acrecido durante el matrimonio a expensas de la dedicación al hogar del acreedor (doctrina establecida a partir de la STS 534/2011).

En este sentido, y a diferencia de lo que se hace en algún Derecho civil autonómico (artí-

4 Id Cendoj: 23050370012023100163

5 Id Cendoj: 28079119912015100017

6 Id Cendoj: 28079119912017100009

7 Id. Cendoj: 46250370102015100534

8 Id Cendoj 28079110012024100229

9 Id Cendoj: 28079110012022100013



culo 232-5 CC catalán), no se exigirá dicho incremento patrimonial del deudor para el nacimiento de la prestación. Partiendo de este dato, la doctrina de la Sala ha excluido la exigencia del enriquecimiento del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico (entre otras, sentencias 534/2011, de 14 de julio, 16/2014, de 31 de enero, 135/2015, de 26 de marzo, 614/2015, de 25 de noviembre, 678/2015, de 11 de diciembre, 136/2017, de 28 de febrero, y 658/2019, de 11 de diciembre), pero es indudable que ello no excluye, contra lo que sostiene el recurrente, que él haya obtenido un provecho que procede directamente de que la esposa contribuyera a las cargas familiares con su trabajo personal en el hogar mientras él obtenía ingresos patrimoniales fuera del hogar y pudo adquirir bienes privativos.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la incidencia que pueda tener la colaboración en actividad profesional/empresarial del otro cónyuge en condiciones de precariedad económica, a los efectos del reconocimiento de esta prestación, se sigue manteniendo el criterio de que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión “trabajo para la casa” contenida en el artículo 1438 CC. Así se han pronunciado también las sentencias TS 252/2017, de 26 abril¹⁰ y la de fecha 17 octubre 2023¹¹.

Por contra, la sentencia TS de 29 septiembre 2020¹²; denegó la prestación por no considerarse trabajo precario al farmacéutico que trabajaba para su esposa, también farmacéutica, al considerar que sus condiciones laborales no eran precarias; en igual sentido, la sentencia AP Valencia 22 abril 2022¹³; denegó igualmente la prestación al considerar que la esposa trabajaba en la peluquería familiar con compensación económica y estando de alta en la Seguridad Social; en la misma línea, sentencia TS de 25 enero 2023¹⁴.

10 Id Cendoj: 28079119912017100009

11 Id Cendoj:28079110012023101459

12 Id Cendoj: 28079110012020100494

13 Id Cendoj: 46250370102022100234

14 Id Cendoj: 23050370012023100163



Por último, y por lo que se refiere al requisito de que esa dedicación sea no excluyente, la ya famosa sentencia del TS de fecha 11 diciembre 2019¹⁵, refería que “En ningún caso constaba que la esposa se hubiera dedicado, de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa, dado que contaba, para la ejecución de dichas tareas, con 11 empleados; así como que ambos cónyuges han colaborado en la medida de sus posibilidades, en el cuidado y atención de las hijas. Refería la Sala que “El trabajo para la casa no es excluyente, en el sentido de que impida beneficiarse de la compensación económica del artículo 1438 CC, por la circunstancia de que se cuente con ayuda externa”, concluyendo que “no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico. Cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación. En la misma línea se ha pronunciado la sentencia de 21 de febrero, al no abandonar la premisa de que cabe el reconocimiento del derecho a la indemnización a pesar de que en la realización de las tareas del hogar hayan colaborado terceras personas.

Del análisis realizado, las conclusiones del Tribunal Supremo tras la sentencia de 21 de febrero de 2024, vendrían a ser que:

Se considera “irrazonable y desproporcionado” rechazar la indemnización del artículo 1438 CC, al cónyuge que trabajó fuera del hogar durante los primeros años del matrimonio pero que abandonó su actividad con el nacimiento de sus hijos, dedicándose desde entonces en exclusiva, a su cuidado y atención.

Para el nacimiento de la indemnización, se consolida el criterio de que no será necesario el enriquecimiento del deudor.

El derecho a la indemnización no es incompatible con el hecho de que se haya contado con la ayuda y/o colaboración de terceras personas en el desarrollo de dichas tareas.

En cuanto a los criterios para su cuantificación, se podrá utilizar el criterio objetivo del SMI, pero al margen y además de ello, habrá que valorar otros criterios como el número de hijos, si el beneficiario ha compatibilizado el trabajo para el hogar y fuera del hogar al inicio del matrimonio, así como si se contó o no con ayuda externa.

El reconocimiento de la indemnización del artículo 1438 CC, se tendrá en cuenta para cuantificar la pensión compensatoria, ya que el desequilibrio necesario para el nacimiento de la compensatoria, si bien no desaparece, sí se puede ver reducido.

Nuria Martínez

*Decana de
la Facultad
Derecho y
Empresa UCV*



15 Id Cendoj: 28079110012019100646

REFLEXIONES EN TORNO A DISCAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL



1. La problemática a la que se refieren estas consideraciones se encuadra en el marco de la nulidad matrimonial civil.

En atención a la peculiar naturaleza del matrimonio, la regulación de la nulidad matrimonial cuenta con un régimen específico, diferente del previsto legalmente y desarrollado jurisprudencialmente para los contratos.

El art. 45 CC establece que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” y, de manera coherente con esta exigencia, la primera causa de nulidad del matrimonio prevista en el art. 73.1 CC es la falta de consentimiento matrimonial. Así, conforme al art. 73.1 CC, es nulo cualquiera que sea la forma

de su celebración, “el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”.

El matrimonio se fundamenta en el consentimiento y, sin él, no hay matrimonio.

No hay, pues, equiparación posible entre consentimiento y forma en el negocio jurídico matrimonial. Ambos elementos no se encuentran en un plano equivalente, como se pone de relieve en el CC tras la reforma de la Ley 30/81, dirigida (entre otros objetivos) a hacer de la esencialidad del consentimiento el pilar fundamental del negocio matrimonial, y, correlativamente, a reducir la función de la forma de celebración (art. 78 CC).

2. Esta acentuación, esencialidad del consentimiento matrimonial, se llevó a cabo

desgajando el consentimiento de la forma de celebración. Dicho de otro modo, la observancia de la forma deja de ser ya presunción *iuris et de iure* de la existencia del consentimiento, pasando a ser simplemente presunción *iuris tantum* de su existencia. En conclusión: cabe que se haya observado la forma de celebración del matrimonio y que, sin embargo, no exista consentimiento calificable como matrimonial, adjetivo éste que el legislador de 1981 no dudó en añadir al sustantivo consentimiento.

Esta previsión legislativa de la reforma del CC en 1981 hizo posible en nuestro ordenamiento la previsión de los denominados matrimonios de complacencia o de conveniencia (técnicamente, matrimonios simulados), y el consiguiente encuadramiento de aquellos en el ámbito de la nulidad absoluta.

3. La importancia central de la prueba referida a la existencia, o no, de consentimiento (de un consentimiento calificable como matrimonial) se pone de relieve a través de dos importantes consecuencias: a) de un lado, la determinación del grado de ineficacia del matrimonio celebrado y, b) de otro, y como directa consecuencia de la premisa anterior, la imprescriptibilidad o no de la acción de impugnación.

4. El art. 73 CC no prevé la caducidad de la acción de nulidad matrimonial en los supuestos que lo sean de inexistencia de consentimiento. La regla general, por tanto, fuera de lo previsto en los arts. 75 y 76 CC para los casos que allí se contemplan (que no lo son de inexistencia de consentimiento), es que las personas legitimadas para impugnar la validez de un matrimonio (art. 74 y ss.) por inexistencia de consentimiento pueden hacerlo sin estar sometidas a un plazo, puesto que la acción como se ha dicho no está sujeta a plazo alguno de caducidad.

5. La inexistencia, como regla general, de un plazo de caducidad para impugnar la validez del matrimonio fuera de lo previsto en los arts. 75 y 76 del CC para los casos allí contemplados, es doctrina jurisprudencial reiterada (en este sentido, STS núm. 91/2024 de 24 de enero (Roj: STS 241/2024)).

6. La diferencia de tratamiento en el CC respecto de los supuestos de nulidad matrimonial, estableciendo la caducidad de la acción en unos casos, en tanto que, en otros,

se mantiene como principio fundamental el no sometimiento a plazo de la acción de impugnación, encuentra su fundamento en que en aquellos supuestos en que la acción esta sometida a plazo de caducidad, hay consentimiento, aunque no íntegro, sino viciado (error en identidad, en cualidad personal de entidad, coacción y miedo grave, edad, etc.). En cambio, en los supuestos de inexistencia de consentimiento, la acción no está sometida a plazo (simulación, reserva mental, etc.).

7. No existe, propiamente, diferencia entre el régimen de los contratos patrimoniales y el que es propio de la nulidad matrimonial, como no podría ser de otro modo, porque, tratándose de contratos patrimoniales, en los supuestos en los que pueda apreciarse la entrada en juego del número 1º del art 1261 del CC (inexistencia de consentimiento, “no hay contrato” afirma literalmente el artículo citado previamente), la acción de nulidad es también imprescriptible, mientras que, tratándose de los supuestos de anulabilidad (art. 1301 CC), la acción sí que está sujeta a plazo para su ejercicio.

Es de sobra conocida la falta de precisión técnica del legislador del CC (1889) calificando como acción de nulidad, la que realmente lo es de anulabilidad contractual (“La acción de nulidad caducará a los cuatro años”, art. 1301, inciso inicial, CC).

8. La diferenciación a que se hace referencia se apoya sobre una realidad material y no propiamente conceptual, la de que no cabe hacer objeto de idéntico tratamiento legislativo a los supuestos en los que no se da consentimiento matrimonial alguno, y aquellos otros en los que quepa apreciar la existencia de aquél, aunque se esté en presencia de un consentimiento no íntegro.

9. Hablar de consentimiento no íntegro supone partir de un dato elemental, el de que se está ante un consentimiento defectuoso, pero al fin y al cabo existente. Por el contrario, hacerlo de inexistencia de consentimiento implica referirse a un supuesto negocial (contractual, matrimonial, etc.) en el que el consentimiento no ha llegado a alcanzar existencia alguna, ni siquiera mínima.

10. Calificar un concreto matrimonio como nulo o anulable no es un simple juego de conceptos, implica muy importantes consecuencias prácticas el optar por una u



otra calificación: si el matrimonio es nulo, radicalmente nulo se entiende, todos aquellos efectos, todas aquellas consecuencias puramente aparentes que, al amparo de ese matrimonio ficticio o aparente se hayan (también ficticiamente) generado, se hallarán en una situación que ni siquiera podría calificarse de claudicante, dada su carencia de realidad, ante el posible ejercicio (sin plazo alguno) de la acción de nulidad. El ejercicio con éxito de esta acción borraría retroactivamente tales consecuencias, teniéndolas por no acontecidas, al ser tan aparentes o ficticias como el matrimonio que las generó (sin más excepción, en su caso, que lo dispuesto en el art. 79 CC para el matrimonio putativo), todo ello conforme al viejo brocardo jurídico “Lo que es nulo, no produce efectos”.

Por el contrario, si existió consentimiento matrimonial, aunque defectuoso, o no íntegro, procederá encuadrar ese matrimonio en el marco de la anulabilidad matrimonial, siendo aplicables entonces los arts. 75.2 y 76.2 CC), que señalan plazos de caducidad sensiblemente más breves (un año) frente a los cuatro años del inciso inicial del art. 1301 CC.

En tal caso, transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación, aquellos efectos jurídicos que se hubieren generado y que podrían calificarse técnicamente como claudicantes en cuanto amenazados ante un hipotético ejercicio de la acción de impugnación, se consolidarán definitivamente y devendrán inatacables.

En modo alguno cabrá entonces la aplicabilidad al matrimonio de los plazos de caducidad de la acción previstos para los contratos patrimoniales por el art. 1301 CC, dada la existencia de una regulación específica para el matrimonio, regulación que obliga a estar a lo dispuesto en los arts. 75 y 76, y consiguientemente al plazo de un año previsto en estos (cfr, en el sentido expuesto, STS núm. 91/2024 de 24 de enero (Roj: STS 241/2024).

11. Un supuesto concreto en el que se muestra claramente el interés de las partes litigantes en relación a la calificación como nulo o anulable del matrimonio celebrado es el contemplado en la citada STS 91/2024 (los cuatro hijos de Valentín interponen demanda de nulidad del matrimonio celebrado entre su padre y Jacinta, por inexistencia de consentimiento (Valentín padecía deterioro cognitivo desde 2006, con diagnóstico de Alzheimer en 2011); el 7 febrero de 2014 se celebra el matrimonio, y cinco días después Valentín otorgó testamento instituyendo heredera a Jacinta con sustitución a favor de los descendientes de aquella para caso de premoriencia, atribuyendo a sus hijos lo que por legítima les correspondiere; interpuesta demanda de nulidad del testamento por los hijos del difunto, esta prospera en Primera Instancia, fallo que vino confirmado por SAP Vizcaya, declarando válido y subsistente el testamento anterior en el que Valentín instituyó herederos a sus hijos por partes iguales.

La demanda de nulidad matrimonial prospera en la primera instancia, pero no en apelación, esgrimiendo la apelante como eje de su argumentación la infracción por el juzgador de instancia de los arts. 1301 y 1302.3º CC, por hallarse caducada la acción de nulidad ejercitada. Extrañamente, tal argumentación se acoge por la AP: “Nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, y no en un supuesto de nulidad radical y absoluta, y en consecuencia son aplicables los plazos de caducidad previstos en el art. 1301 CC”; “nos encontramos ante un supuesto de error en el consentimiento (art. 1301.párrafo 3º), y el plazo para el ejercicio de la acción comienza a correr desde la consumación del contrato, que en este caso es la fecha de celebración del matrimonio”.

12. El TS desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del Juzgado de primera Instancia, con apoyo en la doctrina expuesta con anterioridad.

13. La existencia de la enfermedad de Alzheimer en un estado avanzado y presente ya cuando se celebró el matrimonio, puede impedir “entender la magnitud, trascendencia y consecuencias del matrimonio, por lo que no hubo consentimiento”, y en el caso concreto enjuiciado lo impidió efectivamente.

“En el caso que juzgamos, el Juzgado no declaró la nulidad del matrimonio por el mero hecho de que el Sr. Valentín padeciera Alzheimer, sino porque a la vista de toda la prueba practicada llegó a la conclusión de que la enfermedad le afectaba de tal manera que no pudo emitir un válido consentimiento matrimonial”.

14. En definitiva, la “falta de capacidad natural para comprender el sentido del compromiso matrimonial y sus consecuencias”, implica la inexistencia de consentimiento matrimonial, y la consiguiente nulidad radical y absoluta del matrimonio así celebrado.

15. El sujeto ha de ser capaz de entender y querer no sólo el acto de celebración sino, además, el alcance y contenido de la relación jurídica que nace de ese acto.



Almudena Carrión Vidal

Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (EG). Profesora Sustituta de Derecho Civil en la misma Universidad y Profesora- Tutora de Derecho Civil en UNED Valencia



ATRIBUCIÓN DEL CUIDADO DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA EN LAS CRISIS FAMILIARES



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, ha dado nueva redacción a diversos preceptos del Código civil (y a sus correlativos de la LEC) relativos a las crisis familiares, con la finalidad de adaptarlos al principio, expresado en la Exposición de Motivos de la referida Ley 17/2021, de que “la naturaleza de los animales es distinta de la naturaleza de las cosas o bienes”.

Este principio se concreta en la idea, formulada en el nuevo art. 333 bis CC, de que “Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad” y, que por tanto, “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”.

El nuevo 91.I CC dispone que en las sentencias con las que se ponga fin al procedimiento o en ejecución de las mismas, “la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes [...] destino de los animales de compañía”.

Concretamente, el art. 94 bis CC, introducido por la Ley 17/2021, prevé 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”.

La Ley 17/2021 reforma también el art. 774.4 LEC, cuyo tenor es ahora el siguiente: “En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con [...] la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía [...] y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna”.

En sede de medidas provisionales, el nuevo art. 102.1.1ª bis CC dispone que, “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes [...] Determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

La Ley 17/2021 modifica también el correlativo precepto de la LEC, esto es, el art. 771.2.II, que ahora establece que “De esta resolución dará cuenta en el mismo día al tribunal para que pueda acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a los que se refiere el artículo 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la [...] atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía y ajuar familiares”.

2. Las normas citadas plantean un problema previo, consistente en determinar qué se entiende por animal de compañía, concepto que la Ley 17/2021 no precisa.

Parece adecuado partir de la definición contenida en el art. 1 del Convenio Europeo sobre protección de animales de compañía de Estrasburgo, de 13 de noviembre de 1987, conforme al cual “Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía”.

Los animales de compañía son, pues, lo que comúnmente se conoce como “mascotas”, esto es, animales que, cualquiera que sea su especie, conviven con el hombre con la finalidad de que éste pueda disfrutar de su presencia cotidiana, lo que excluye a los que son criados para su venta, así como a los que se tienen para el ejercicio de una actividad puramente deportiva (caballos o perros de competición o de caza), pues, aunque puedan ofrecer compañía ocasional a sus dueños (mientras compiten o cazan), no es ésta su función habitual.

Sí deben considerarse como animales de compañía los perros de asistencia, ya que, aunque cumplen funciones adicionales, conviven cotidianamente con su dueño, con el que entablan una relación especialísima.

Entre dichos perros de asistencia deben incluirse los definidos como tales por el art. 3 de la Ley 2/2015, de 10 de marzo, de Acceso al Entorno de Personas con Discapacidad que Precisan el Acompañamiento de Perros de Asistencia: a) los perros guía, “adiestrados para guiar a una persona con discapacidad visual o sordoceguera”; b) los perros señal o de alerta de sonidos, “adiestrados para avisar a personas con discapacidad auditiva de la emisión de sonidos y su procedencia”, por ejemplo, el timbre de una puerta, una llamada telefónica, los sonidos de los electrodomésticos o una alarma de incendio; c) los perros de servicio, “adiestrados para ofrecer apoyo en actividades de la vida diaria a personas con discapacidad física”, por ejemplo, con movilidad reducida; d) los perros de aviso o alerta médica, “adiestrados para avisar de una alerta médica a personas que padecen discapacidad y crisis recurrentes con desconexión sensorial derivadas de una enfermedad específica, diabetes, epilepsia u otra enfermedad orgánica”, de modo que pueden detectar la sustancia específica que una persona emite minutos antes de una hiperglucemia (diabetes) o de una crisis de desconexión sensorial (epilepsia); y e) los perros para personas con trastornos del espectro autista, “adiestrados para preservar la integridad física de estos usuarios, controlar situaciones de emergencia y guiarlos”, siendo especialmente utilizados para el acompañamiento de niños que sufren el TEA.

También creo que hay que considerar como perros de compañía los de terapia o apoyo emocional, a los que no se refiere el art. 3 de



la Ley 2/2015, de 10 de marzo, y que sirven para ayudar al tratamiento de enfermedades de carácter psiquiátrico, como la depresión, o situaciones de estrés o ansiedad.

3. La nueva redacción de los arts. 91.I y 102.1.1^a bis CC, conforme a los cuales el juez “determinará” o “adoptará” las medidas relativas a los animales de compañía, ha llevado a preguntarse si el juez debe pronunciarse de oficio a este respecto y si las pretensiones de las partes pueden plantearse en cualquier fase del procedimiento.

Ambas cuestiones han sido resueltas en sentido negativo por la reciente STS 17 julio 2024, rec. n^o 6650/2023 (ECLI:ES:TS:2024:4146), la cual precisa que la sentencia dictada en un proceso de divorcio de un matrimonio sin hijos menores no “puede pronunciarse 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”. La sentencia recurrida, confirmada por el TS, había razonado “que la pretensión de que se fije la contribución a los gastos de los anima-

les debió plantearse por la esposa en el momento de contestar a la demanda a efectos de que el esposo demandante pudiera hacer alegaciones y proponer prueba contradictoria de lo alegado”.

El TS precisa que el juez no “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)”, dada la vigencia del principio dispositivo en la determinación del objeto del procedimiento.

Los argumentos esgrimidos por el TS son que en el art. 749 LEC “No se contempla la práctica de oficio de pruebas referidas al bienestar animal”; que en el art. 770.4.^a LEC “No se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del bienestar animal”; y que “solo es 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". El TS clarifica, pues, otra cuestión debatida en la doctrina, esto es, si las normas relativas a los animales, introducidas por la reforma de 2021 en sede matrimonial, son también aplicables a las uniones de hecho, resolviendo dicha cuestión en sentido negativo, a no ser que concurren hijos menores de los convivientes.

4. En los arts. 90.2.II, 91.I, 94 bis y 102.1.1ª bis CC se trata, primordialmente, de determinar "el destino" de los animales de compañía, esto es, de decidir el cónyuge al que se encomienda el cuidado de los mismos; y, ello, con independencia de a quién corresponda su propiedad.

La novedad es importante, porque, con anterioridad a la reforma, el cónyuge que pretendía tener la posesión de la mascota, si estaba casado en régimen de separación de bienes, tenía que ejercitar la acción declarativa del dominio o la acción reivindicatoria, debiendo probar que el animal era de su propiedad exclusiva o le pertenecía pro indiviso; y, si estaba casado en régimen de gananciales, tenía que demostrar que el animal era privativo suyo, o, por lo menos, que era ganancial, con la esperanza de que le fuera adjudicado en la liquidación del régimen económico matrimonial o de que, a resultas de éste, se formara una comunidad ordinaria sobre la mascota que le permitiera el disfrute compartido de la misma.

El cuidado de los animales de compañía es un concepto amplio, que comprende, no sólo su adecuada alimentación y alojamiento, sino su bienestar integral, lo que, desde luego, exige prestarles la atención sanitaria necesaria para posibilitar su desarrollo saludable, a través de un correcto tratamiento veterinario, pero también relacionarse con ellos evitando cualquier comportamiento que les puedan causar estados de miedo o ansiedad, teniendo en cuenta su condición de seres sintientes.

5. Los parámetros de valoración para decidir la asignación del cuidado, en defecto de acuerdo de los cónyuges, son dos: de un lado, el "interés de los miembros de la familia"; y, de otro, el "bienestar del animal".

a) Dentro del interés de los miembros de la

familia, cobrará especial importancia el de los hijos menores, que será el que predominantemente habrá de ser tenido en cuenta, y que, por ejemplo, puede determinar que, establecido un sistema de custodia compartida, las mascotas sigan a los hijos en sus cambios de residencia; y, así mismo, que, acordado un sistema de custodia monoparental, el cuidado del animal se asigne al cónyuge custodio, siempre que haya una relación de afecto entre la mascota y los hijos, y no existan razones que lo desaconsejen, por ejemplo, que el animal de compañía sea un perro agresivo o potencialmente peligroso o que provoque alergias a los menores, por lo que su compañía pueda ser perjudicial para la salud del menor.

Estas soluciones, que pretenden salvaguardar la relación de afecto del menor con las mascotas, contribuyen a atenuar la inestabilidad que la separación o el divorcio de los padres pueden ocasionarle, y serán particularmente indicadas cuando el animal le preste un especial servicio en el campo de la salud y sea aconsejado por un profesional para mejorar su desarrollo cognitivo, o cuando, por ejemplo sufra un trastorno del espectro autista.

b) Pero el interés de los menores no será el único digno de protección, ya que, junto a él, habrá de valorarse el de los cónyuges (sean, o no, propietarios de la mascota) a conservar la relación de afecto con el animal de compañía, en particular, cuando sea tan intensa, que su ruptura pueda ocasionar un daño emocional.

Habrà, pues, que realizar una ponderación de sus respectivos intereses para determinar cuál es el más merecedor de protección, teniendo en cuenta, por ejemplo, el grado de apego a la mascota, la dedicación a la misma o, incluso, su necesidad de compañía, cuando la misma sea, por ejemplo, conveniente para tratar una depresión (p. ej., en casos de perros terapia).

En esta ponderación habrá que valorar la particular función que el animal pueda prestar a uno de los cónyuges; así, los perros guía, de alerta, de señal, de servicio o de terapia deberán ser encomendados al cónyuge, cuyas específicas necesidades atiendan.

c) El "bienestar del animal" es un concepto indeterminado, difícil de precisar apriorísticamente, por lo que deberá ser apreciado en

atención a las circunstancias del caso concreto. Ciertamente, habrá que valorar la salud del animal, por lo que no deberá ser confiado a una persona descuidada o negligente, que, previsiblemente, no lo fuera a alimentar debidamente o a prestarle la asistencia sanitaria que pudiese necesitar; y, en este orden de cosas, habrá que tener en cuenta la dedicación pasada de cada cónyuge a la atención del animal.

Sin embargo, también habrá que ponderar la relación de afecto que la mascota tuviera con los cónyuges en orden a atribuir su cuidado a uno de ellos o a ambos, para lo cual se podrá acudir a la prueba de testigos que conozcan la relación entre el animal y los miembros de la familia, al reconocimiento judicial o a la opinión de expertos, como el veterinario que trató al animal o el profesional que lo adiestró.

A mi parecer, deberá también valorarse la relación de afecto que pudiera existir entre los animales de compañía, cuando sean varios, pudiendo realizarse una atribución conjunta del cuidado de todos ellos, con el fin de evitar que la separación pueda causarles un daño emocional.

Deberán, igualmente, tenerse en cuenta las características de la vivienda en la que residan o vayan a instalarse los cónyuges, por ejemplo, si tiene un jardín para el esparcimiento del perro o un establo para guardar el caballo, o si en ella se permite la tenencia de mascotas; la mejor aptitud de uno de los cónyuges para cuidar el animal, especialmente, si tiene conocimientos veterinarios y la mascota se halla enferma; o su mayor disponibilidad temporal para dedicarse a ella, pues hay profesiones o estilos de vida que comportan frecuentes ausencias del domicilio, aunque esto último no parece un factor decisivo, pues siempre es posible, teniendo medios económicos suficientes, auxiliarse de otras personas que ayuden en su cuidado.

Se ha planteado si existe una relación de jerarquía entre los dos criterios previstos en el art. 94 bis CC y, si la hay, en caso de conflicto entre ellos, cuál ha de prevalecer.

En mi opinión, en principio, deberá prevalecer el interés de los miembros de la familia (los animales no son cosas, pero tampoco personas, por lo que no participan de la intrínseca dignidad del ser humano); y, dentro de ellos, el de los hijos menores de edad, lo que, como se ha dicho, puede determinar que el cuidado

de las mascotas, en particular, de los perros, se asigne a ambos progenitores, distribuyéndose entre ellos los tiempos de convivencia en función de los tiempos de estancia de los menores con sus progenitores en caso de custodia compartida.

Sin embargo, como sucede en cualquier conflicto de intereses, la solución del mismo ha de realizarse de acuerdo con el principio de proporcionalidad, de modo que no se llegue a un resultado falto de razonabilidad, que suponga un sacrificio absolutamente desmesurado de uno de los intereses considerados. Así, aunque el interés de los miembros de la familia sea superior al de los animales, puede no ser aconsejable trasladar periódicamente a los que, por su especie, toleren mal la alteración de su hábitat (por ejemplo, los gatos); y, en algunos casos, dicho traslado, aunque materialmente posible, deberá ser totalmente descartado: piénsese, por ejemplo, en los peces de un acuario o en los anfibios o reptiles de un terrario.

6. El cuidado de los animales sólo puede encomendarse a los cónyuges, y no, a otras personas distintas.

Se ha rechazado, en consecuencia, la pretensión del marido de que el cuidado del perro fuera atribuido a la hija, con el argumento de que había sido comprado con la finalidad de regalárselo a aquélla, afirmándose que el art. 94 bis CC dice que “la autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y no a terceras personas”¹.

Es posible confiar el cuidado de los animales a uno solo de los cónyuges o a los dos, por períodos sucesivos alternos (normalmente, por semanas).

Veamos la práctica jurisprudencial.

6.1. Asignación a uno de los cónyuges.

La protección del interés de los menores a mantener su relación de afecto con las mascotas hace que, en casos de custodia monoparental, sea deseable asignar el cuidado del animal al cónyuge custodio².

1 SAP Madrid (Sección 31ª) 30 noviembre 2023, rec. nº 361/2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362).

2 SSAP Madrid (Sección 22ª) 11 abril 2023, rec. nº 521/2021 (ECLI:ES:APM:2023:6190), y León



Por ello, se ha atribuido a la madre custodia el cuidado de un perro, valorando que el mismo siempre había estado “en compañía del hijo pues fue adquirido para mejorar sus habilidades emocionales”³; y, así mismo, se ha previsto que el animal pueda ser trasladado, junto con los menores, al domicilio del no custodio, en los periodos de estancia con él⁴.

No habiendo hijos menores, junto al bienestar del animal, habrá que ponderar el interés los cónyuges a obtener el cuidado de la mascota.

Se ha asignado el cuidado de los animales (tres perros y siete gatos) a la mujer, dada la actitud de ésta, que había manifestado su predisposición a cuidar de los mismos, y la posición mantenida por el marido, “que, ni siquiera mencionaba a los animales en su demanda ni ha mostrado en ningún caso disposición a tenerlos en su compañía”, por lo que se ha estimado que “lo más adecuado para su bienestar es que sigan al cuidado” de quien venía atendiéndolo, que así lo acepta y

(Sección 1ª) 15 junio 2023, rec. n.º 96/2023 (ECLI:ES:APLE:2023:837).

3 SJPI confirmada por SAP Madrid (Sección 22ª) 11 abril 2023, rec. n.º 521/2021 (ECLI:ES:APM:2023:6190).

4 SJPI confirmada en este punto por SAP Málaga (Sección 6ª) 7 noviembre 2023, rec. n.º 712/2023 (ECLI:ES:APMA:2023:4055).

es quien, por otro lado, está asumiendo actualmente su cuidado y también parece ser la persona que más se ha dedicado a dicha atención⁵.

6.2. Asignación a los dos cónyuges.

En los casos de custodia compartida es frecuente encomendar el cuidado de los animales a los cónyuges, en función de los tiempos de convivencia de los hijos con sus padres⁶; y ello, porque se entiende que “lo más conveniente para ellos es que puedan estar siempre acompañados de la mascota”, “cuando estén con uno u otro progenitor, tanto en el régimen ordinario de custodia compartida, como en los periodos vacacionales”⁷.

5 SAP León (Sección 1ª) 21 marzo 2023, rec. n.º 22/2023 (ECLI:ES:APLE:2023:463).

6 SSAP Madrid (Sección 22ª) 26 junio 2023, rec. n.º 192/2022 (ECLI:ES:APM:2023:10191), y Madrid (Sección 24ª) 16 marzo 2023, rec. n.º 1142/2022 (ECLI:ES:APM:2023:5462), así como SSJPI confirmadas por SSAP Zaragoza (Sección 2ª) 24 mayo 2023, rec. n.º 562/2022 (ECLI:ES:APZ:2023:778), Castellón (Sección 4ª) 7 junio 2023, rec. n.º 298/2023 (ECLI:ES:APCS:2023:626), y Asturias (Sección 6ª) 12 abril 2024, rec. n.º 490/2023 (ECLI:ES:APO:2024:675).

7 SAP Madrid (Sección 22ª) 26 junio 2023, rec. n.º 192/2022 (ECLI:ES:APM:2023:10191).



Los menores se irán, pues, desplazando, junto con los animales, a los domicilios de los padres durante los periodos de tiempo en que deban estar con ellos; a no ser que se haya establecido que el menor permanezca en la vivienda familiar y sean los progenitores los que cambien de residencia, en cuyo caso el animal quedará en la vivienda en compañía de los hijos, correspondiendo su cuidado al progenitor al que en cada momento corresponda estar con el menor⁸

El desplazamiento de las mascotas con los menores, que presupone siempre el apego de éstos a aquéllas, parece especialmente adecuado, en el caso de los perros, pero, como ya he dicho, en otros supuestos, como el de los gatos, suscita dudas, dado que éstos pueden sufrir tensiones con los traslados.

No obstante, se ha decidido que el gato pudiera estar con la hija, “siempre que la menor lo requiera”, acompañándole, pues, en sus cambios semanales de residencia⁹. La inexistencia de hijos menores no es obs-

táculo al establecimiento de un sistema de cuidado común, atendiendo, tanto al interés de los cónyuges, como al bienestar de las mascotas.

Se ha dicho, incluso, que, “siendo notorio el rápido (por no decir inmediato) cariño -y consiguiente vínculo afectivo- que surge respecto a cualquier animal de compañía cuando se convive con él [...] debe primar como regla general la distribución equitativa [...] del cuidado y tenencia del animal, así como de las cargas que ello implique, sin atender a la específica titularidad dominical del mismo [...], como tampoco a que esa convivencia haya podido ser más o menos amplia, a salvo que concurren circunstancias de gravedad y entidad suficientes para propiciar excepción a tal regla general”. En consecuencia, se ha atribuido el cuidado de dos perros a los dos cónyuges, que no tenían hijos, por períodos de alternancia semanal¹⁰.

Se ha encomendado también el cuidado de un perro a ambos cónyuges por periodos semanales alternos, desestimándose el argumento de la mujer de que se le confiara exclusivamente a ella, porque el marido

8 SAP Vizcaya (Sección 4ª) 12 enero 2023, rec. nº 743/2022 (ECLI:ES:APBI:2023:222).

9 SAP Vizcaya (Sección 4ª) 13 junio 2022, rec. nº 392/2022 (ECLI:ES:APBI:2022:1639).

10 SAP Huelva (Sección 2ª) 23 febrero 2023, rec. nº 1137/2022 (ECLI:ES:APH:2023:133).

trabajaba a tiempo completo. Frente a ello, se ha afirmado que la solución adoptada resultaba “idónea para la mascota, que ha sido animal de compañía para ambos litigantes”, y, “por tanto se trata de un animal habituado a estar con ambos y a ser cuidado y atendido por los dos, y es un hecho notorio el que el cuidado y la atención cotidiana de una mascota canina no requiere de una dedicación en exclusiva durante las 24 horas del día, siendo perfectamente compatibles tales cuidados con la actividad laboral, como lo demuestra el hecho de ser hoy en día muchas las familias españolas que tienen mascotas, en concreto perros, y en las que ambos cónyuges o convivientes trabajan, y no por ello dejan de cuidar y atender a sus mascotas, amén de que nada impide que (el marido) pueda valerse de la ayuda de otra persona en caso de no poder atender en algún momento” al perro¹¹.

Como se ha visto, el régimen de cuidado compartido implicará normalmente la atribución a los cónyuges de tiempos sucesivos alternos de convivencia con los animales.

Cuando dicho régimen de cuidado compartido dependa del régimen de custodia de los hijos, parece lógico que la recogida de los animales se ajuste a lo previsto respecto de los menores; y, cuando no los haya, que su recogida se haga en el domicilio del cónyuge al que se haya encomendado su cuidado al final de cada periodo temporal de convivencia establecido, debiendo entregarse también la documentación relativa al mismo, en particular, la cartilla veterinaria¹².

El cuidado conjunto de los animales no sólo comportará un reparto de los tiempos de convivencia, sino también la necesidad de llegar a acuerdos en las cuestiones importantes que afecten a la salud y al bienestar de los mismos.

Por ello, asignado el cuidado de un perro a los dos cónyuges, se ha decidido que “Cualesquiera decisiones relativas al animal que sean de especial trascendencia como, por ejemplo, el cambio de veterinario de refe-

rencia, intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas de carácter invasivo o con sedación, tratamientos médicos de larga duración utilización de residencias caninas, etc., serán adoptadas de común acuerdo entre las partes”; y, que, en caso de desacuerdo, la decisión última corresponderá” a la mujer, en cuanto “titular legal del animal”¹³.

Si nada se prevé en la sentencia, en el caso de desacuerdo, deberá acudir al juez para que decida.

13 SJPI confirmada por la SAP Madrid (Sección 31ª) 30 noviembre 2023, rec. nº 361/2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362).

11 SAP Málaga (Sección 6ª) 17 abril 2024, rec. nº 924/2023 (ECLI:ES:APMA:2024:1246).

12 SSAP Huelva (Sección 2ª) 23 febrero 2023, rec. nº 1137/2022 (ECLI:ES:APH:2023:133), y Madrid (Sección 31ª) 30 noviembre 2023, rec. nº 361/2023 (ECLI:ES:APM:2023:18362).

**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

escribenos a:

familiaysucesiones@icav.es

