

FAMILIA SUCESIONES ICAV

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

La delimitación de los factores que determinan la conveniencia y el plazo de duración del derecho de uso de la vivienda familiar en favor de hijos en situación de discapacidad

PILAR MARÍA ESTELLÉS PERALTA

Otra vuelta de tuerca del Tribunal Supremo a la maternidad subrogada

FEDERICO ARNAU MOYA

El régimen de visitas del progenitor no custodio (2ª parte)

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ

Repercusiones de la Ley 8/2021 en el derecho de sucesiones

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Animales de compañía y uniones de hecho

ESTIMADOS COMPAÑEROS,

Todavía con la resaca del pasado ciclo de familia que celebramos el pasado 4 de abril escribo estas líneas para presentaros este nuevo número de la Revista de la Sección.

En realidad he empleado mal el término resaca, ya que el ciclo, que con tanto mimo y dedicación se ha preparado por los miembros de la Junta de la Sección ha supuesto un rotundo éxito desde todos los puntos de vista, dejándooslas un grato sabor de boca.

En primer lugar, ha habido éxito de asistencia de compañeros, lo que habla del interés que suscitaron los temas y los ponentes elegidos. Además, con mención especial a una numeroso público, a pesar de la comodidad que siempre ofrece el seguimiento on line de estos eventos.

En segundo lugar, los ponentes quedaron satisfechos con su actuación y las de sus compañeros de ponencia, lo que, dado el nivel de las mismas, sin duda redundará en nuevos ciclos y conferencias de altísimo nivel jurídico, dada la experiencia vivida que seguro les animará a volver, o tendrá efecto llamada sobre otros futuros ponentes.

Y, por último, y más importante para nosotros, sentir que el trabajo realizado por la Junta de la Sección para acercar el Derecho de Familia y Sucesiones al resto de compañeros,

**José Manuel
Serrano
Yuste**

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



y facilitar su formación y solución de los conflictos que defienden ha sido útil, que no nos olvidemos, es la función de las Secciones del Colegio.

Se trata en este caso, y perdonarme que saque pecho por mis compañeros, pues sé lo mucho que han trabajado y las preocupaciones que han sufrido, de la satisfacción del deber cumplido.

Ya os anticipo que desde la Junta de la Sección estamos preparando otro ciclo, en este caso de Sucesiones, que tendrá lugar en el segundo semestre, y que esperamos que os sea tan útil y provechoso como este lo ha sido. Por nuestra parte no va a quedar.

Un saludo a todos, y os traslado la gratitud de la Junta por vuestra asistencia.



02

EDITORIAL
JOSÉ MANUEL
SERRANO YUSTE

04

PEDRO CHAPARRO
MATAMOROS

La delimitación
de los factores
que determinan la
conveniencia y el
plazo de duración
del derecho de
uso de la vivienda
familiar en favor de
hijos en situación de
discapacidad

08

PILAR MARÍA
ESTELLÉS
PERALTA

Otra vuelta
de tuerca del
Tribunal Supremo
a la maternidad
subrogada

12

FEDERICO ARNAU
MOYA

El régimen
de visitas del
progenitor no
custodio
(2ª parte)

15

MARÍA JOSÉ REYES
LÓPEZ

Repercusiones
de la Ley 8/2021
en el derecho de
sucesiones

20

JOSÉ RAMÓN
DE VERDA Y
BEAMONTE

Animales de
compañía y
uniones de hecho

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

FAMILIA Y SUCESIONES **ICAV**
NÚMERO 33/2025

[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] José Manuel Serrano Yuste, Pedro Chaparro Matamoros, Pilar María Estellés
Peralta, Federico Arnau Moya, María José Reyes López, 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.

LA DELIMITACIÓN DE LOS FACTORES QUE DETERMINAN LA CONVENIENCIA Y EL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN FAVOR DE HIJOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD



Como es sabido, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, reformó el art. 96 CC en el sentido de incluir un tercer interés merecedor de tutela: el de los hijos en situación de discapacidad. Sin embargo, esta protección no se presenta como una tutela absoluta e incondicionada, sino que el precepto la supedita a que la discapacidad en cuestión la haga *conveniente*, determinándose el plazo de duración del derecho de uso así concedido en función de las *circunstancias concurrentes*.

A la vista de lo anterior, la operación intelectual por la que debe valorarse la procedencia de la atribución del derecho de uso a hijos en situación de discapacidad se divide en tres pasos. En un primer momento, se debe analizar si *concorre la situación de discapacidad* en el sentido de las Leyes 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, por mor de la remisión que la D.A. 4ª CC efectúa a estas normas. Cabe recordar que el art. 96 CC es un precep-

to desligado de la reforma operada por la Ley 8/2021, en el sentido de que la situación de discapacidad a la que se refiere no hace referencia necesariamente a una discapacidad requirente de medidas de apoyo.

Así las cosas, el art. 96 CC se aplicará a los siguientes supuestos: a) personas que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento [art. 2.2.a) de la Ley nº 41/2003, de 18 de noviembre]; b) personas que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento [art. 2.2.a) de la Ley nº 41/2003, de 18 de noviembre]; c) personas que presenten una “dependencia severa” (dependencia de grado II) [art. 26.1.b) de la Ley nº 39/2006, de 14 de diciembre]; y d) personas que presenten una “gran dependencia” (dependencia de grado III) [art. 26.1.c) de la Ley nº 39/2006, de 14 de diciembre].

Determinada la concurrencia de la situación de discapacidad a los efectos del art. 96 CC, la siguiente cuestión que emerge es la relativa a la *conveniencia de la atribución del derecho de uso*. Y aquí es donde comienzan los problemas de aplicación del precepto, ya que existe una gran dificultad para diferenciar qué circunstancias (las cuales ni siquiera se relacionan) influyen en la conveniencia y cuáles otras en la determinación del plazo de duración del derecho de uso. Ahora bien, conviene precisar que la conveniencia no es sino el reconocimiento implícito de la necesidad de un plazo de uso adicional; por ello, las circunstancias que se tengan en cuenta a efectos de valorar la conveniencia deberán servir también para cuantificar el plazo de duración del derecho de uso, sin perder de vista el límite del respeto al derecho de propiedad privada del progenitor titular de la vivienda.

Esta dificultad se advierte igualmente en la doctrina del Tribunal Supremo que emana de la STS nº 757/2024, de 29 de mayo. Así, el alto tribunal afirma que “Los órganos jurisdiccionales deberán ponderar las circunstancias concurrentes para la determinación del plazo de atribución temporal del uso de la vivienda familiar cuando sea conveniente la conservación temporal de tal uso a favor del hijo con discapacidad. Serán factores a tener en cuenta, al respecto, el grado de discapacidad, las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca, la adaptación de la vivienda a sus limitaciones, la proximidad a los centros de atención,

asistencia e integración laboral, las posibilidades económicas de los progenitores, entre otras, en función de las cuales deberá motivarse la decisión que se adopte” (F.J. 3º).

Como se observa, el alto tribunal enumera *ad exemplum* una serie de factores que constituyen las “circunstancias concurrentes para la determinación del plazo de atribución temporal del uso” que deberá ponderar la autoridad judicial. Sin embargo, esa enumeración parece partir de una situación de conveniencia que no se define previamente por la sentencia. ¿Se dará la conveniencia en todo caso cuando se verifique que existe una situación de discapacidad que permita la aplicación del precepto? No me lo parece: la conveniencia deberá valorarse en cada caso a la luz de los criterios que expone el Tribunal Supremo en su sentencia, pues, de otro modo, la mención legal a la misma sería totalmente superflua.

Por lo que se refiere a los criterios que determinan la conveniencia, a los mismos ya me referí en un trabajo anterior y son sustancialmente coincidentes con los que maneja el alto tribunal. Así:

a) En primer lugar, la “conveniencia” puede entenderse referida a una protección fundamentalmente económica, actuando como una suerte de *ultima ratio*. Por ejemplo, que sea conveniente continuar residiendo en la vivienda familiar porque no haya otra manera de cubrir la necesidad alojativa del hijo con discapacidad; lo que puede suceder por falta de recursos económicos de la familia para procurarse otra vivienda en un contexto en el que todavía no se haya podido acceder a las eventuales prestaciones de la Seguridad Social (bien porque no están previstas para la específica situación de discapacidad, bien porque el hijo está siendo evaluado por tribunales médicos para determinar el grado de discapacidad y, en función de ello, el tipo de ayuda que va a recibir; etc.).

b) En segundo lugar, la “conveniencia” ha de valorarse, especialmente, en términos de accesibilidad y de adaptación de la vivienda a las necesidades del hijo que presenta la discapacidad. Así las cosas, podría ser conveniente que un hijo con discapacidad continuara residiendo en la vivienda cuando, por ejemplo, tuviera que desplazarse en silla de ruedas y la finca tuviese una rampa en el portal y en el patio, un ascensor lo suficientemente ancho como para que quepa la silla,



la vivienda contase con un cuarto de baño adaptado, etc.; teniendo en cuenta que el uso de una vivienda de tales características, por su especificidad, puede no adquirirse de manera inmediatamente posterior al momento en que sobreviene la crisis familiar. O, de la misma manera, también resultaría conveniente que un hijo sin limitaciones físicas, pero sí una enfermedad mental que pudiera ser constitutiva de una discapacidad (trastorno del espectro autista, esquizofrenia, etc.), continuara residiendo en la vivienda familiar para que el tránsito a la nueva situación fuera lo menos brusco y repentino posible, habida cuenta que dos cambios tan importantes como son el cese de la convivencia con ambos progenitores y el abandono del domicilio familiar podrían afectar sobremanera a su rutina y, en consecuencia, hacer que los problemas que padece se manifiesten con mayor periodicidad y/o gravedad.

c) En tercer lugar, cabe también prestar atención, a efectos de valorar la “conveniencia” de la atribución del derecho de uso, al criterio de “la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral”, al que se refiere el Tribunal Supremo, especialmente si se trata de una situación de discapacidad física que condiciona la movilidad de la persona.

d) Por último, el lapso de tiempo que reste para que el hijo en situación de discapacidad cumpla la mayoría de edad es, asimismo, una circunstancia determinante de la “conveniencia”. Y es que, cuanto mayor sea el plazo que reste para tal evento, menor será la conveniencia de la atribución, puesto que el progenitor que quede a cargo del hijo en situación de discapacidad dispondrá de un periodo de tiempo más amplio para adaptarse a las nuevas circunstancias familiares y, en particular, para la búsqueda de una vivienda que cubra las necesidades alojativas del hijo en situación de discapacidad de una forma similar a la que había sido vivienda familiar.

Llegados a este punto, únicamente queda, como último paso de la operación consistente en atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar a un hijo en situación de discapacidad, *cuantificar el plazo de duración adicional del derecho de uso*. En línea de principio, y aunque parezca una obviedad, el art. 96 CC precisa que este plazo será “determinado”, lo que quiere decir que no se extenderá por todo el periodo que se mantenga la situación de discapacidad (la cual puede ser irreversible). Por lo que respecta a la concreta duración, cabe tener en cuenta que el plazo adicional de uso que se conceda parece responder a la necesidad de una *transición dulce* a la nueva vivienda, por lo que hay que buscar el equili-

brio entre la concesión de un plazo suficiente para procurarse una vivienda alternativa y la menor afectación posible al derecho a la propiedad del progenitor titular de la vivienda familiar. Partiendo de estas premisas, el plazo será tanto mayor cuanto más compleja se presente, *a priori*, esa búsqueda de una vivienda alternativa, lo que sucederá en los supuestos en que la vivienda familiar esté muy adaptada a la discapacidad del hijo (por ejemplo, una planta baja, para facilitar el acceso a la vivienda de una persona que va en silla de ruedas) o cuando el radio de búsqueda se encuentre acotado por la necesidad de encontrar el inmueble en una zona próxima a los centros de atención, asistencia, socialización y/o integración laboral del hijo.

Obviamente, esta mayor dificultad de búsqueda que legitimaría un plazo de uso más extenso viene determinada por los factores a que se refiere el Tribunal Supremo en la STS nº 757/2024, de 29 de mayo. Así, el “grado de discapacidad” y “las concretas deficiencias intelectuales, mentales, físicas o sensoriales que padezca” inciden en la accesibilidad y adaptación de la vivienda a las necesidades del hijo en situación de discapacidad, de forma que, *v.gr.*, a mayor porcentaje o grado de discapacidad física, mayor será el grado de accesibilidad a la vivienda que se requiera y, en consecuencia, más compleja será la búsqueda de una vivienda alternativa que satisfaga la necesidad alojativa de aquél. De la misma manera, “la proximidad a los centros de atención, asistencia e integración laboral” influye también en el periodo que se requerirá para procurarse una vivienda alternativa, en la medida en que la necesidad de residir cerca de dichos centros condiciona y acota la zona de búsqueda, disminuyendo el parque de viviendas que serán analizadas y reduciendo, en consecuencia, las posibilidades de adquirir o arrendar viviendas en condiciones ventajosas. Por último, “las posibilidades económicas de los progenitores” son otro factor que redundará en una mayor dificultad de búsqueda, habida cuenta que la posible existencia de limitaciones económicas reducirá el conjunto de viviendas que, en aplicación del filtro consistente en la renta disponible, puedan cumplir con los requisitos de accesibilidad o de proximidad que deban verificarse en el caso concreto.



Pedro Chaparro Matamoros

*Prof. de
Derecho Civil
Universitat de
València*



OTRA VUELTA DE TUERCA DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA MATERNIDAD SUBROGADA



Una nueva sentencia del Tribunal Supremo 4 diciembre 2024 (Tol 10298543) reitera que la maternidad subrogada vulnera los derechos y la dignidad de los más vulnerables y no protege el interés superior del menor. Que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución.

Afirma el Tribunal Supremo que la celebración de un contrato de gestación subrogada en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté «validado» por una sentencia extranjera, que puede determinar una relación paternofamiliar vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación.

Entre otros motivos porque la madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Y respecto del futuro niño, al que se priva del

derecho a conocer sus orígenes, se le «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (y, en el caso enjuiciado, también su marido) se obliga a entregar al comitente o comitentes.

En el ordenamiento español la maternidad subrogada, maternidad gestante, contrato de sustitución o como se le quiera denominar, no sólo está prohibido por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) sino también por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (a cuya exposición de motivos alude el recurrente en el primer motivo de su recurso), considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en esta sentencia y otras anteriores sobre esta cuestión [STS 6 febrero 2014 (Tol 4100882), y 31 marzo 2022 (Tol 8898029)] ha justificado extensa-

mente estas afirmaciones y la contrariedad del contrato de gestación subrogada con el orden público y con la pretensión de que una filiación pueda quedar determinada por tal contrato.

Afirma la sentencia que los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15), y el respeto a su dignidad (art. 10.1 de la Constitución), integran el orden público español que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4.º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. La maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, debido a la falta de control de la idoneidad de los comitentes.

En consecuencia, nuestro Alto Tribunal señala que se deben salvaguardar los derechos fundamentales de quienes son más vulnerables, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (STEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitaría la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconoci-

dos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.

Asimismo, nuestro Alto Tribunal da otra vuelta de tuerca a esta lesiva práctica reproductiva. Como ya sentenció el juez de instancia, y ratifica el Tribunal Supremo, la *ratio decidendi* es que el reconocimiento de la sentencia extranjera es contrario al orden público, con base en lo dispuesto en los apartados a) y d) del artículo 46.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y la prohibición estipulada en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el contrato en virtud del cual se gestaron los menores se sanciona con nulidad en nuestro ordenamiento jurídico. No cabe el reconocimiento y ejecución de la sentencia del tribunal de Texas (EE.UU) que acordó la «validación» de dicho contrato porque subyace un fraude de ley que no puede quedar amparado por nuestro ordenamiento jurídico español, ya que los demandantes iniciaron de forma consciente y querida un proceso para obtener un niño menor, mediante la suscripción de un contrato de gestación subrogada que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

En una anterior STS 6 febrero 2014 (*Tol 4100882*), ya se pronunció el Alto Tribunal esta cuestión y la técnica jurídica a aplicar, como antaño, no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Se trata de resolver si la decisión de autoridad, adoptada por un tribunal de Texas al validar un contrato de gestación subrogada y fijar, con base en tal contrato, una determinada relación paterofamiliar y ordenar a la mujer gestante que ha dado a luz a los niños que -en cumplimiento del contrato- los entregue inmediatamente a los comitentes, puede ser reconocida y puede desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los demandantes, en el sistema jurídico español.

En la sentencia comentada el Tribunal Supremo se posiciona denegando el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera por ser contraria al orden público, tal y como establece el art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, al regular las causas de denegación del reconocimiento. Contraría el orden público porque los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física



y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15), y el respeto a su dignidad (art., 10.1 de la Constitución), integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero , FJ 4.º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. Señala el Tribunal Supremo que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado y son, en consecuencia, manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente de que el art. 8 del CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de

adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (STEDH de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli , apartado 141). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Además, afirma que un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público.

Por otra parte, señala la STS comentada, para reconocimiento de la filiación con base en un contrato de gestación subrogada, el ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor: en lo que es relevante en este asunto, la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención, y la adopción cuando existe esa convivencia en un núcleo familiar, con las garantías propias de estas instituciones. Lo que no es admisible es la infracción del art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 que exigen que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. Y en el caso enjuiciado, ya la primera sentencia del tribunal de Texas, dictada antes del parto, obligaba a la mujer gestante a entregar inmediatamente el niño a los comitentes, por lo que la madre no podía negarse a esa entrega una vez producido el parto. Y es notorio, -señala la sentencia- y no ha sido desvirtuado en este caso, que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero, de los que parte recibe la madre gestante, por lo que el consentimiento de esta, prestado antes del parto, ha sido obtenido mediante pago o compensación de algún tipo.

En otra línea de argumentación referida al principio superior de protección de los menores, frente a la alegación del recurrente de que la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera no respeta el interés de los menores porque ello tiene un “impacto negativo” sobre el niño al impedírsele obtener un reconocimiento de la relación entre el niño nacido mediante subrogación en el extranjero y los padres de intención, el Tribunal Supremo argumenta que es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en un contrato de gestación subrogada y en el reconocimiento por las autoridades extranjeras de la filiación resultante de tal contrato, pues se vulneraban gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante. Entiende el Tribunal, que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Y que es necesario, por tanto, realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico. Porque la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales sobre estado civil y la infancia. El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Pues en todo caso, es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo). El Tribunal estima que la protección del interés de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de Texas, sino que habrá de partir de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una

filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores.

Por tanto, la protección que ha de otorgarse a dichos menores ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.

Esta solución satisface el interés superior de los niños gestados por esta técnica, que de otra manera resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial y se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, no permitido en nuestro país.

Pilar María Estellés Peralta

Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir.”



EL RÉGIMEN DE VISITAS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

(2 parte)



7 ■ Modificación de las medidas por incumplimientos del régimen visitas. El art. 94 III CC establece que la autoridad judicial puede “limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si “se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. En este sentido se manifiestan las SSTS de 4 de noviembre de 2013 (Tol 4001015) y 11 de noviembre de 2015 (Tol 5560546). El art. 158.6ª CC permite, que el Juez, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte: “La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado [...]”. En el art. 776.3ª LEC se establece la posibilidad de que el Tribunal modifique el régimen de guarda y visitas en el caso de “incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del proge-

nitor guardador como del no guardador”. Los incumplimientos más habituales por parte del progenitor no custodio, sin traspasar la línea roja del código penal son la no recogida o devolución del menor dentro de los horarios pactados, las visitas no desarrolladas con el progenitor sino con un familiar o allegado suyo (a las que nos referiremos más adelante), el incumplimiento total del régimen de visitas porque el progenitor no ha llegado a tener al menor consigo o ha interrumpido sin causa las mismas.

8 ■ Modificación de las medidas por suspensión o privación de la patria potestad. El derecho de visitas también forma parte del contenido de la patria potestad. En el art. 154 CC se reconoce dentro de los deberes y facultades de la patria potestad el “tenerlos en su compañía”. En consecuencia, el régimen de visitas también puede verse suspendido en aquellos casos en los que se suspenda el ejercicio de la patria potestad y ade-

más lleve aparejada esta medida, puesto que como veremos más adelante la regla general es el mantenimiento del régimen de visitas y comunicación aun a pesar de la privación de la patria potestad. En el CC se contempla la privación o suspensión de la patria potestad en los arts. 92.3, 158. 6ª, 160.1, 161y 170.1 CC. El art. 92.1CC la autoridad judicial puede acordar en sentencia, como medida definitiva, la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. En el nuevo art. 158.6ª el Juez puede dictar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones. También puede adoptar otras medidas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. En el art. 160.1 CC se encuentra la regla general de que los hijos tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que otra cosa se disponga por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos previstos en el art. 161 CC. La doctrina estima que si puede mantenerse el derecho de relación con los hijos aun a pesar de la patria potestad deriva que aquel derecho deriva de la simple filiación y no de la patria potestad.

9. Modificación de las medidas por motivos legalmente tasados. El régimen de visita o estancia se suspenderá, o no procederá si todavía no existiera, en los casos en que cualquiera de los progenitores estuviese incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco cuando existiera indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial puede establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o motivada en la voluntad, deseos y preferencias del hijo mayor con discapacidad necesitado de apoyos. En ambos casos con evaluación previa de la relación paternofilial (art. 94.IV CC). Por el contrario, no procederá el establecimiento del régimen de visitas del progenitor en situación de prisión provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos anteriormente citados (art. 94.IV CC). Las mismas circunstancias del art. 94.IV, proceso penal iniciado por idénticos delitos o existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género

impiden que se pueda aplicar el régimen de custodia compartida si bien en este caso no se hace referencia a que el progenitor se encuentre en prisión. Aunque esta circunstancia impide de facto la existencia de una guarda conjunta. Tampoco procederá la custodia compartida cuando se aprecie la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar al otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos (art. 92.7 CC). En la STC 106/2022 de 13 de septiembre se estima que el párrafo cuarto del art. 94 no se aplica automáticamente. De modo que corresponde a la autoridad judicial tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). Sin embargo, cuando el progenitor no custodio esté en prisión por otros motivos a los contemplados en el art. 94.IV no tiene porqué quedar privado del régimen de visitas. En el art. 160.1 CC se reconoce esta posibilidad de que los menores menor visiten a sus progenitores a los centros penitenciario “siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos”. La Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro, la visita se tendrá que realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

El régimen de visitas y estancia también puede suspenderse por decisión administrativa. El art. 161 CC que establece que la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de menores “regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”. También se regula por vía administrativa el régimen de visitas en el caso de los menores en régimen de guarda mediante acogimiento familiar o residencial en el art. 172 ter 2. En el art. 172.2 CC se permite que, en vía administrativa, que cuando se haya declarado una situación de desamparo (y no hayan transcurrido dos años desde la notificación de la resolución administrativa), en la que los progenitores continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, así como los tutores que también tengan suspendida la tutela



que soliciten a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la situación de desamparo del menor, si “por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela”. Una última cuestión, relativamente novedosa, es que como consecuencia de la Ley 17/2021, se ha introducido un nuevo 90.1.b) bis que permite que en el convenio regulador se regule sólo “el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal”. Además, se establece “el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal”. Otros preceptos relativos al destino de los animales tras la crisis de pareja, son los arts. 90.1.b) bis, 90.2. II; 90.3. II, 94 bis, 103.1.^a bis.

La dificultad a la hora de determinar el régimen de visitas queda patente en la STS 2 julio 2024 (ECLI:ES:TS:2024:4147) en el que en un caso de relaciones conflictivas entre los progenitores en el que además los hijos menores se niegan a relacionarse con su padre. Asimismo, en este caso se entrecruza un proceso penal por malos tratos al hijo menor y existen denuncias penales a la madre por delito de desobediencia por interferir en el régimen de visitas decretado en primera instancia. El TS estima en primer lugar que es improcedente el régimen de custodia compartida fijado por la Audiencia Provincial en atención a las concretas connotaciones del litigio con respecto al interés y beneficio de los menores. Se basa en que la guardia custodia compartida como modelo generalmente beneficioso para el interés de los menores, pero no de fijación incondicional con

abstracción de la cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes; “pues existen factores negativos que desaconsejan acordar una medida de tal naturaleza, que puede resultar contraproducente para la estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad de los niños en contra de la finalidad pretendida con su adopción”. En segundo lugar, queda en suspenso el régimen de comunicación de padre hijos en tanto se resuelve el proceso penal. Se considera necesario aplicar la suspensión del régimen de visita previsto en el art. 94 IV CC respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar, entre otros, contra la integridad física de los hijos. Aunque el precepto no es de aplicación automática en virtud de la STC 106/2022 se estima que sí que procede en este caso. Además, existe un “existe un manifiesto rechazo tanto de la hija como del hijo de comunicarse con su padre. Las visitas no pudieron llevarse a efecto mediante la intervención del punto de encuentro familiar, la ejecución forzosa resultó infructuosa, y la entrevista con los niños así lo denota”.

Federico Arnau Moya

*Profesor
Contratado
Doctor de
Derecho civil,
Universitat
Jaume I.*



REPERCUSIONES DE LA LEY 8/2021 EN EL DERECHO DE SUCESIONES



1. La ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica supuso una revisión en profundidad de la discapacidad, acorde con lo establecido en la Convención Internacional hecha en Nueva York de 13 de diciembre de 2006, que, en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y que obliga a los Estados parte a adoptar medidas para proporcionarles el apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica y asegurarles el respeto a su voluntad.

Ello ha obligado a introducir modificaciones en el Código civil de distinta envergadura, afectando, entre otras, a normas referidas a la sucesión testamentaria, con la finalidad de facilitar el libre ejercicio de todas las personas de sus derechos. En unos casos, con

el fin de adecuar la terminología al espíritu de la ley, como sucede con los arts. 706, 742, 756.2 y 7, 822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060 CC; en otros, para adaptar las formalidades testamentarias, de forma que faciliten el acceso a personas con alguna discapacidad sensorial o visual, como resulta en los arts. 695, 697.2, 708 y 709 CC y, finalmente para realizar reformas sustanciales, como se aprecia en los arts. 663, 665, 753, 776, 782, 808 y 813 CC.

De entre estos preceptos merecen ser destacadas fundamentalmente las que afectan a la capacidad para testar; las adaptaciones de las formas testamentarias para facilitar el acceso de quienes cuenten con algún tipo de discapacidad sensorial o visual y, finalmente, las referidas a las facultades que se conceden al testador en el caso de tener uno o varios hijos con discapacidad con el fin de protegerlos.

2. El cambio de un sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones de las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, debe ser la encargada de tomar sus propias decisiones, ha afectado a la capacidad para testar y a los mecanismos previstos para su realización.

Conforme al actual paradigma sobre la capacidad, la concurrencia de una discapacidad, en ningún caso, comporta su limitación, sin perjuicio de que, respetando la dignidad, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad puedan adoptarse las medidas de apoyo que precise, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Atendiendo a dicho propósito se han modificado los arts. 663 y 665 CC con el fin de erradicar las barreras que impedían el ejercicio de la facultad de testar a personas con discapacidad sensorial y visual, se ha reformado la obligatoriedad de la presencia de dos testigos y reforzado el papel del notario.

Acorde con la plena igualdad entre hombres y mujeres, la actual redacción del art. 663 CC ha suprimido la distinción entre uno y otro sexo y mantenido los catorce años como límite de edad para testar, salvo en el testamento ológrafo que requiere la edad de dieciocho años (art. 688 CC). Ha sido su segundo párrafo el que ha sustituido como impedimento para testar no encontrarse habitual o accidentalmente en su cabal juicio por no poder en dicho momento la persona conformar o expresar su voluntad ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello.

Esta modificación se ha justificado en que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, de lo que deriva, que las limitaciones físicas sensoriales, mentales o intelectuales resultan irrelevantes mientras puedan manifestar su voluntad, bien sea con ayuda de las personas que le prestan apoyo o con la utilización de medios técnicos o materiales que puedan contribuir a que la persona comprenda el alcance del acto testamentario y pueda manifestar su voluntad.

Conforme a dicho presupuesto, el art. 665 CC ha sido modificado por la Ley 8/2021, ampliando el ámbito de la actuación notarial, de

forma que la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. En este sentido, los notarios deben efectuar un juicio previo sobre la capacidad natural o de hecho del otorgante, para verificar que es suficiente y la persona otorgante está en condiciones de desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Le incumbe además apoyarle en el proceso de comprensión y razonamiento, así como facilitarle, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

A esta relevante función se suma la supresión del informe de dos peritos para valorar la capacidad del testador, concurriendo ahora únicamente en el supuesto de que el Notario así lo solicite.

3. Fiel al espíritu de la ley, tanto en el testamento abierto como en el cerrado, se han introducido determinadas adaptaciones técnicas con el fin de facilitar que pueda testar el mayor número de personas suprimiendo las trabas existentes con anterioridad a la publicación de esta ley.

A tal efecto, las normas que regulan el testamento abierto han sido modificadas en sus arts. 695 y 697 CC con la finalidad de permitir que las personas con discapacidad sensorial puedan testar suprimiendo los requisitos extraordinarios exigidos tanto en el momento del otorgamiento como en el de su lectura y firma.

En particular, el artículo 695 CC se refiere a las formalidades requeridas en el testamento abierto en relación con la manifestación de voluntad del testador en el otorgamiento. En relación con el párrafo primero, concreta los medios a través de los que el testador puede expresar su voluntad, previéndose la posibilidad de que este pueda expresar su voluntad a través de cualquier medio. Además, adiciona un párrafo tercero, facilitando dicha manifestación a las personas que tengan dificultades para ello. Así, se contempla ahora que el testador podrá expresar oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano, su voluntad.

La comunicación de la última voluntad del testador al Notario irá seguida de la redacción del testamento, con el fin de asegurar que ésta queda plasmada en el documento



notarial. Posteriormente se procederá a la lectura del testamento, que podrá realizarla el testador. Si se declina, la realizará el Notario quien, no obstante, leerá el mismo, aunque el primero haya hecho uso de su derecho, con el fin de que ratifique que lo leído es su última voluntad. Tras la lectura, el testador firmará el documento, perfeccionando con ello el testamento.

Con la reforma, el Notario pasa a tener mayor protagonismo en la formación y expresión de la voluntad puesto que debe asegurar que el otorgante ha formado libre e informadamente su decisión, y que por eso consiente. Esto se plasma en un juicio de capacidad que debe constar de modo independiente en el mismo instrumento público, y que es presupuesto de aquel consentimiento.

Con el fin de salvar las dificultades del testador que no pueda leer el testamento u oír su lectura, en el momento de su lectura en el acto de otorgamiento, se facilitarán los medios materiales, técnicos y humanos para que el Notario pueda asegurarse de que el testador ha entendido la información y de que el testamento recoge fielmente su voluntad.

Acorde con la función encomendada al Notario, la obligatoriedad de concurrir dos facultativos cuando la incapacitación por virtud de sentencia no contenga pronunciamiento

acerca de la capacidad para testar de aquel que pretenda otorgar testamento, para que previamente le reconozcan, no autorizándolo sino cuando éstos respondan de su capacidad, ha quedado actualmente suprimida, salvo cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento o cuando el testador o el Notario lo solicite.

Con relación al testamento cerrado la Ley 8/2021 ha modificado los artículos 706, 708 y 709 CC.

Las principales novedades consisten en introducir testamentifacción activa a personas con dificultades visuales y, establecer formalidades adicionales para garantizar que el testamento responde a la voluntad real de la persona.

El primero de estos preceptos en su tercer párrafo se refiere con carácter general a cualquier medio técnico, en lugar de mecánico, sin distinguir, ni precisar cuáles son estos medios, por lo que cabe deducir que se refiere a todos aquellos que sean precisos para que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad. Introduce igualmente la posibilidad de que el testamento pueda ser redactado en soporte electrónico, por lo que, en este caso, la firma del testamento debe ser siempre electrónica y ser válida en el momento del otorgamiento.

Ello no obsta que el testamento cerrado pueda seguir redactándose de manera manuscrita, por medios mecánicos, incluidos aquellos que presentan caracteres especiales, como pueda ser la escritura en Braille. Así, mientras anteriormente se prohibía hacer testamento cerrado a los ciegos, en la actualidad, se permite que las personas con discapacidad visual puedan otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, y sea válido.

Se modifica también la terminología del artículo 709 CC, que se refiere a las personas con dificultades para expresarse verbalmente, sustituyendo en su párrafo primero la expresión los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir por: las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero si escribir, podrán otorgar testamento cerrado. Del mismo modo, deberán dejar constancia, al hacer la presentación del testamento, de haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ella.

4. El tercero de los aspectos parte del criterio de que las personas con discapacidad son merecedoras de una especial protección. En concreto, la ley 8/2021 ha modificado el sistema legitimario en los casos en que el testador tenga uno o varios hijos con discapacidad con el fin de facilitarles que pueda beneficiarles o dispensarles remedios adicionales cuando no dispongan de medios suficientes para solventar su situación económica.

En este sentido, la reforma del art. 808 CC, en conjunción con los arts. 813 y 822 CC ha supuesto una importante modificación del sistema de legítimas y como medida de protección a los legitimarios con discapacidad ha introducido, salvo decisión contraria del testador, la imposición de una sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta en la que sean fiduciarios los legitimarios con discapacidad y fideicomisarios los restantes legitimarios sin discapacidad. En tales casos, al beneficiado no le incumbe la obligación de conservar los bienes, si bien, le está prohibido disponer de los bienes a título gratuito y por acto mortis causa, por lo que, únicamente podrá disponer inter vivos a título oneroso.

Este precepto ha realizado además una actualización de sus términos modificando la referencia que anteriormente hacía al padre y a la madre por la de progenitores. Paradójicamente, la redacción utilizada en este tercer párrafo introduce una terminología discordante al referirse a quienes puedan resultar beneficiados por esta facultad del testador, que da lugar a divergencias de opiniones. Ello es debido a que, en el primer párrafo, se refiere a los legitimarios mientras que en el segundo hace mención únicamente a los hijos beneficiados, generando así la duda respecto a los nietos y excluyendo al cónyuge viudo y a los ascendientes.

También, con relación al texto anterior, el precepto amplía su ámbito de aplicación al deber remitirse a lo dispuesto en la disposición adicional 4ª del CC, que utiliza un diverso criterio de la discapacidad respecto al existente antes de la Ley 8/2021. En concreto, dicha norma establece que se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

El art. 808.3 CC introduce asimismo otra novedad al establecer, salvo disposición en contra del testador, un fideicomiso de residuo sobre la parte de legítima que se le hubiera adjudicado al hijo beneficiado con discapacidad, correspondiente a los restantes legitimarios. Ello significa que éste solo estará obligado a dejar aquello sobre lo que no haya dispuesto o consumido y, de otra parte, que no podrá disponer de los bienes ni a título gratuito, ni por actos mortis causa.

La redacción de este nuevo párrafo, como ha puesto de relieve la doctrina, ha generado dudas que, a falta de pronunciamientos judiciales, todavía siguen sin resolverse. Estas quedan referidas principalmente a si el testador debe haber atribuido previamente la mejora y el tercio de disposición antes de gravar a los restantes legitimarios o, si siendo varios los hijos con discapacidad, tendría lugar el derecho de acrecer.

Finalmente, con el fin de resolver los problemas de prueba, la Ley 8/2021 incorpora al precepto un último párrafo, en el que, para impugnar el gravamen, los legitimarios no favorecidos habrán de probar que no concurre la situación de discapacidad en los términos antes referidos.

5. La modificación terminológica y la nueva redacción otorgada por la Ley 8/2021 al art. 808 CC ha supuesto la obligada reforma del texto de los arts. 782.2.1 y 813.2.2 en relación con la sustitución fideicomisaria.

Con referencia al primero, establece la salvedad de que las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo cuando se establezcan, en los términos establecidos en el artículo 808 CC, en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad. Excluye por tanto el precepto a los restantes descendientes dejando abierta así la cuestión de qué sucede en el caso de que sea el nieto quien adolezca de algún tipo de discapacidad y el padre haya fallecido anteriormente. Dicha situación ahora hay que vincularla además con la disposición adicional cuarta del CC, que especifica el grado de discapacidad aplicable a la norma.

Igualmente da una nueva redacción al segundo párrafo del art. 813 CC, que exceptiona de su contenido lo establecido en los arts. 782 y 808 CC, siendo que, en la anterior redacción, se incluía a los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y ahora estos últimos han quedado excluidos. Por consiguiente, de una parte, reduce la legitimación a los hijos mientras que, de otra, amplía los supuestos de discapacidad al deber remitirse al criterio dispuesto en la tantas veces citada disposición adicional cuarta del Código civil.

Con relación al cálculo de las legítimas, nuevamente se reforma la terminología de los párrafos primero y segundo del art. 822 CC, en atención a que previamente haya mediado la voluntad del testador o la ley, estableciendo que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. El mismo efecto se producirá, a menos que el testador hubiera dispuesto

otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, si el derecho de habitación se atribuye por ministerio de la ley al legitimario que lo necesita y que estuviere conviviendo con el fallecido. En este caso, no obstante, su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

6. Finalmente, cabe reseñar como uno de los aspectos más criticados de esta ley, la supresión de la sustitución ejemplar.

7. Aunque con retraso y dando lugar a interpretaciones dudosas, muchas han sido las reformas a las que ha obligado la actualización de la discapacidad para acomodarse a los criterios establecidos en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre, que ahondan en la igualdad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad. Si bien buena parte de ellas han incidido en reformas meramente terminológicas, este cambio de perspectiva y tratamiento también ha servido para introducir otra excepción al principio de intangibilidad de la legítima y subrayar el carácter protector que debe atribuírsele en beneficio de los más desfavorecidos.

Nota: Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación: Criterios interpretativos de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad” (REDFIS), CIAICO/2023/024, financiado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana, del que son IP los profesores José Ramón de Verda y Beamonte y María José Reyes López.

**María José
Reyes López**

*Catedrática de
derecho civil,
Universidad de
Valencia*



ANIMALES DE COMPAÑÍA Y UNIONES DE HECHO



1. INAPLICACIÓN DE LA LEY 17/2021, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ANIMALES.

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”.

En particular, 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 STS 1015/2024 (Civil) de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4146) ha clarificado una 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.

Dice, así, 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”.

2. REFLEXIONES CRÍTICAS.

Comparto la tesis de que sólo cuando los convivientes tengan hijos menores procederá aplicar las normas matrimoniales relativas al destino de los animales de compañía; por ejemplo, para asignar el cuidado del animal al progenitor custodio o distribuir los tiempos de convivencia con el animal entre los dos progenitores, si se establece una custodia compartida, de modo que las mascotas sigan a los hijos en sus cambios de residencia, para que éstos no pierdan su relación de afecto con aquéllas.

Nada impide, desde luego, que los conviviente lleguen a acuerdos sobre el destino del animal de compañía, al amparo del art. 1255 CC, incluso, verbalmente, pactando, por ejemplo, que el cuidado del perro se distribuya entre ellos, por periodos alternos, con independencia de a quién corresponda la propiedad del mismo. Así sucedió en el caso resuelto por la SJPI de Madrid, nº 68, de 19 de septiembre de 2024, procedimiento de juicio verbal nº 1014/2023, la cual condenó al conviviente demandado al pago de 600 euros por el daño moral sufrido por la demandante, al habersele privado de la relación con el perro durante 10 meses, por “la decisión unilateral e injustificada” del demandado.

Me parece que, salvo este supuesto, las cuestiones relativas a la tenencia del animal de compañía habrán de ser resueltas aplicando la lógica dominical, de la que resulta que deberá atribuirse la posesión del animal a quien sea su propietario, y, si el animal pertenece a los dos convivientes, en principio, a ambos, por aplicación de las normas de la comunidad de bienes, con la matización que expondré en el último de los epígrafes de este trabajo.

Creo que esta solución, que resulta del tenor de los preceptos modificados o introducidos

en 2021, y contra la que se manifiesta un sector de la doctrina, es la que debe seguirse; y ello, por dos razones.

La primera, de carácter general, es que el grado de protección constitucional del matrimonio y de la unión de hecho es idéntico en las relaciones familiares verticales, pues el art. 39.2 CE garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, debiéndose proteger, en todo caso, el interés superior de los menores. Sin embargo, la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho), porque, mientras el matrimonio es una institución que se forma como consecuencia del ejercicio positivo del derecho a casarse, la unión de hecho es un simple acto de libertad, consecuencia del no ejercicio de dicho derecho. Por ello, los que deciden no casarse no pueden pretender que se les apliquen las normas que el legislador ha dictado para las personas que sí han decidido contraer matrimonio.

La segunda razón, de carácter particular, es que no es creíble que el legislador, al promulgar las normas estudiadas, se haya, simplemente, olvidado de extender sus previsiones a las uniones de hecho o que haya dado por descontado que se les aplicarían, a pesar de su silencio.

Lo desmiente un pasaje del Preámbulo de la Ley 17/2021, en el que se guarda un absoluto silencio respecto de las uniones de hecho. En él se afirma que “Esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos”; y que, “En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de convivencia y cuidado de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales”.

No obstante lo dicho, cabe dudar del acierto del legislador, al no haber extendido en este caso las normas relativas a la crisis familiares a las uniones de hecho. Creo que este modo de proceder está plenamente justificado cuando la decisión de no casarse recae sobre los propios convivientes. Es, por ello, que, en ausen-

cia de hijos menores, no pueden reclamar que se les aplique en su favor el art. 96.2 CC, para obtener el uso de la vivienda familiar; el art. 97 CC, para que se les asigne una pensión compensatoria; o los arts. 1344 y ss. CC, para pretender vigente entre ellos el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales.

Sin embargo, en el ámbito en el que nos encontramos la decisión de no contraer matrimonio recae sobre un ser sintiente (no una cosa), totalmente ajeno a dicha decisión, cuyo bienestar debiera garantizarse, en todo caso; y, aceptado que los criterios previstos por el art. 94 bis CC para atribuir el destino del animal de compañía protegen dicho bienestar en mayor medida que los resultantes de la mera aplicación de las normas de carácter patrimonial, relativas a la propiedad o la copropiedad de bienes, hubiera sido razonable que el legislador, en esta materia, hubiera establecido un régimen común para el matrimonio y la unión de hecho.

Pero no lo ha hecho así, por lo que no cabe aplicar el art. 94 bis CC a la convivencia “more uxorio”, pues una desviación tan clara de los esquemas dominicales, como la que resulta de dicho precepto, en virtud del cual se puede llegar a privar de la posesión del animal a quien es su propietario, requiere, en mi opinión, una previsión legal expresa.

En cualquier caso, como veremos, en la aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes deberá, necesariamente, tenerse en cuenta el principio general de bienestar del animal, consagrado en el art. 333.1 bis CC, el cual alcanza una particular proyección en relación a los animales de compañía, según se desprende de las normas que lo contemplan, con el fin de evitar que, en defecto de acuerdo de los propietarios, pueda acabar en manos de personas con las que no guarda una relación de afecto.

3. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA COMUNIDAD DE BIENES.

En principio, dado que la normativa expuesta no se aplica a las uniones de hecho, en ellas, la posesión de los animales de compañía va unida a la propiedad o copropiedad de los mismos.

En consecuencia, los convivientes interesados en mantener el contacto con el animal deberán ejercitar una acción declarativa del domi-

nio o una acción reivindicatoria, reclamando para sí la propiedad (y, con ella, la posesión) exclusiva de la mascota; o bien deberán hacer valer su derecho de copropiedad sobre ella (si es discutida), mediante el ejercicio de la acción declarativa de dominio, para obtener un periodo de convivencia con la misma.

3.1. La prueba de la propiedad.

Ha de partirse de la regla de que el animal será propiedad de quien aporta los fondos para adquirirlo (principio de subrogación real) o de aquél a quien se le ha donado quien lo compra.

La donación será más fácil de demostrar cuando quien la efectúa sea una persona que no conviva con el animal (por ejemplo, un pariente de uno de los componentes de una unión de hecho), quien podrá declarar con más imparcialidad a quién quiso hacer la liberalidad.

Así ocurrió en un caso, en el que la tía de una de las convivientes declaró como testigo que había regalado el perro litigioso “en exclusiva a su sobrina”, valorándose que la misma “apareciese como la titular de dicho animal en el Registro de Identificación de Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid, así como en la cartilla sanitaria y de identificación oficial de animales de compañía de dicha misma Comunidad Autónoma”. Se precisa que el hecho de que la otra conviviente hubiera pagado gastos de dicho animal resultaba propio del periodo de convivencia común entre las partes; y que la circunstancia de que, tras la ruptura de la convivencia, la propietaria del perro “permitiera a la actora pasar periodos de tiempo con dicho animal en modo alguno supone ni un reconocimiento ni una voluntad de hacer común dicho bien que le pertenece en exclusiva” [SJPI de Madrid, nº 40, de 12 de marzo de 2013 (ECLI:ES:JPI:2013:44)].

La donación será mucho más difícil de probar cuando tenga lugar entre las personas que componen la misma unidad familiar. Resultará, así, complejo decidir si quién adquiere el animal, aunque sea con fondos propios, lo compra, exclusivamente, para sí, o con la intención de donarlo a un familiar (por ejemplo, a un hijo como regalo) o con el propósito de hacerlo común, es decir, de compartir su propiedad con el conviviente de hecho, mediante la constitución entre ambos de una comunidad tácita sobre él.



Se ha revocado una sentencia que había entendido que la propiedad del perro litigioso correspondía al hijo al que su padre se lo había regalado. Por el contrario, dando especial relevancia (a mi parecer, excesiva) a la circunstancia de que en el Registro Informatizado de animales de compañía apareciera como titular de la mascota el padre, se afirma que el hecho de que el mismo “adquiera el animal con una finalidad concreta -que fuera animal de compañía de su hijo- no equivale a que hubiera una donación del animal a su hijo”, pues existen “un sinnúmero de bienes que los padres pueden adquirir con la finalidad de que sean usados por sus hijos -es cierto que coloquialmente se habla de regalos -y que van desde vehículos, viviendas, a otros enseres, tipo teléfonos móviles, consolas u ordenadores... etc., sin que ello implique una renuncia a la titularidad del bien”; y se concluye “que el animal fue adquirido por el apelante y que le pertenece a él como propietario independientemente de la finalidad con la que fue adquirido” [SAP de Granada (Sección 4ª) de 17 de junio de 2020 (ECLI:ES:APGR:2020:607)].

Puede, lógicamente, haber cambios sobrevenidos en la propiedad del animal, como aconteció en un caso en el que el conviviente que había adquirido la perra, rota la convivencia, accedió a cambiar la titularidad de la mascota, “haciéndolo constar él mismo en el registro de identificación de animales, encargándose desde entonces la recurrida de

atender a la perrita de manera exclusiva”, de lo que se dedujo que pasó a ser de propiedad exclusiva de ésta, rechazándose el argumento del recurrente de que existía una copropiedad sobre el animal de compañía [SAP de Zaragoza (Sección 2ª) de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APZ:2024:634)].

3.2. La titularidad formal resultante de los Registros administrativos autonómicos.

El certificado de titularidad resultante de los Registros administrativos autonómicos no es prueba definitiva de la propiedad de los animales, pues, por un lado, en dichos Registros no se permite inscribir titularidades conjuntas [SJPI de Valladolid, nº 9, de 27 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:88), SJPI de Murcia, nº 4, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:-JPI:2019:93) y SAP de Asturias (Sección 4ª) de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:1845)]; y, por otro, la inscripción en favor del adquirente no excluye el ánimo de donación de éste y su posible voluntad de constituir una comunidad de bienes con otro miembro de su familia. A lo sumo, de dicho certificado se desprenderá una presunción *iuris tantum* de propiedad [SAP de Granada (Sección 4ª) de 17 de junio de 2020 (ECLI:ES:APGR:2020:607)].

Se ha afirmado que no puede “entenderse que el hecho de que el animal este inscrito a su nombre en el Registro Informatizado de Animales de Compañía, pueda deducirse sin

más el dominio sobre el bien, pues si en relación a los bienes inmuebles su inscripción solo es una presunción iuris tantum del dominio a favor de la persona a cuyo favor está inscrita la finca, el hecho de que el animal este inscrito a nombre del actor en un registro administrativo puede ser un dato a tener en cuenta a fin de resolver sobre el dominio del animal, pero en modo alguno de un dato esencial a tal fin” [SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 10 de julio de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:8157)].

3.3. Praxis jurisprudencial.

Veamos algunos casos, extraídos de la práctica jurisprudencial.

Se ha considerado que una perra era propiedad exclusiva del varón, desestimándose la pretensión de la mujer de que se le declarara copropietaria de la misma, porque era él quien figuraba como titular de la misma en el Colegio de Veterinarios y en una clínica veterinaria; todos los gastos acreditados habían sido satisfechos por el conviviente, sin que la mujer hubiera acreditado, “haber realizado pago alguno, con su dinero, de algún gasto generado” por la mascota; por último, una testigo, vecina del marido, había declarado que “era este quien cuidaba del perro cuando era un cachorro, ayudándole ella, a sacarlo al parque y cuidarlo, cuando no podía hacerlo”; declarando, además, que la relación de la mujer con la perra “no era buena, y que incluso en alguna ocasión, vio como le golpeaba con la mano”, viéndola muy pocas veces sacarla a pasear” [SAP de Asturias (Sección 4ª) de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:APO:2017:1845)].

Se ha desestimado también la pretensión de que se declarase la copropiedad de un perro, formulada por un conviviente de hecho, el cual había estado en compañía de la mascota durante ocho meses, hasta que se había roto la convivencia “more uxorio”. Se ha considerado a la mujer propietaria exclusiva del animal, con base en los siguientes elementos de prueba: la falta de constancia de que el demandante se hubiera “encargado del cuidado del animal, costeando los gastos del veterinario”, habiendo presentado sólo 2 facturas veterinarias frente las 19 de la demandada, la cual figuraba como titular en el pasaporte para animales de compañía; después del cese de la convivencia el demandante había disfrutado “del animal en escasas y esporádicas ocasiones”; el veterinario del perro había declarado que el animal tenía “un



apego muy fuerte” con la demandada y que, en caso de separación, sufriría “ansiedad” y que trasladarlo a la residencia del demandante “sería en su opinión maltrato animal, por el carácter y la edad del perro”; por último, del reconocimiento practicado en el acto de la vista no se desprendía que el animal tuviera “afecto alguno hacia” él, habiéndose mostrado “nervioso y temeroso cuando trataba de acariciarlo” [SJPI de Murcia, nº 4, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:93)].

Por el contrario, se ha considerado prueba de la existencia de una comunidad sobre un perro abandonado, adoptado por dos convivientes, la circunstancia de que ambos tuvieran cartillas veterinarias del mismo animal y de que existiesen fotografías que ponían de manifiesto la posesión compartida del animal, estableciéndose que la tenencia de la mascota se dividiera entre ellos por periodos sucesivos temporales de seis meses, por aplicación de las normas generales de los arts. 393 y 394 CC, al presumirse la igualdad de las cuotas en la comunidad [SAP de Badajoz (Sección 2ª) de 10 de febrero de 2011 (ECLI:ES:APBA:2011:104)].

Igualmente, se ha declarado la copropiedad de un perro comprado por ambos convivientes de hecho, valorándose que el precio de compra se había pagado con dinero cargado a nombre de la cuenta bancaria de la mujer; que el hombre figuraba como titular en el sistema de identificación de animal de compañía de la comunidad autónoma; que existían fotogra-

frías de ambos con la mascota y que los dos se habían ocupado de pagar los gastos del perro y del cuidado del mismo. Por consiguiente, se ha establecido en favor de los comuneros un período de posesión y disfrute del animal por periodos alternativos de seis meses, con apoyo en el art. 394 CC [SJPI de Valladolid, nº 9, de 27 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:88)].

3.4. Distribución igualitaria de los tiempos de convivencia y bienestar del animal.

Hay que preguntarse si el modo de proceder de la jurisprudencia, aplicando las normas de los arts. 393, 394 y 398 CC, y, en consecuencia, atribuyendo la tenencia de los animales de compañía a los dos convivientes, por idénticos periodos de tiempo sucesivos, presuponiendo que sus cuotas en la comunidad son idénticas, es adecuado, después de la entrada en vigor de la Ley 17/2021.

A mi parecer, no es ya posible una aplicación mecánica de estas normas, prescindiendo del examen del bienestar del animal, cuya protección es hoy un principio general del Derecho que debe guiar la actuación judicial, principio que tiene su especificidad cuando se trata de mascotas, respecto de las cuales ha de procurarse evitar aquellas relaciones de convivencia que puedan causarles un daño, no sólo ya físico, sino también emocional.

Por lo tanto, deberá valorarse si el reparto igualitario de tiempos de convivencia con la mascota es acorde a dicho principio y, más precisamente, con la sensibilidad del animal; y, si no lo es, habrá de llegarse a otra solución, que sí lo sea: podrá, en mi opinión, acordarse la asignación de su cuidado a uno solo de los comuneros, si la protección de su bienestar así lo exige (por ejemplo, porque muestra hostilidad o rechazo hacia el otro, y, naturalmente, en el caso de que uno de los partícipes lo maltrate). El juez no puede permitir situaciones posesorias que posibiliten que un copropietario ejerza sus deberes de cuidado de la mascota sin respetar “su cualidad de ser sintiente” (art. 333.2 bis CC) y sus especificidades en cuanto animal de compañía.

Si tras la modificación del art. 404 CC, realizada por la Ley 17/2021, que añade al precepto dos nuevos párrafos, en defecto de acuerdo, la división de la comunidad sobre el animal de compañía ha de realizarse mediante la adjudicación a uno de los partícipes, valorando, además de los intereses de los comuneros, el

bienestar del animal, no parece que este último pueda dejar de ponderarse para decidir a quién corresponde la tenencia del animal durante la vigencia de la comunidad de bienes; y, dado el proceder de la jurisprudencia, que suele atribuir periodos alternativos de convivencia muy extensos con el animal (por semestres), parece también razonable que quien no lo tiene en su compañía, pueda relacionarse con él para mantener la relación de afecto con la mascota: no se trata aquí de aplicar analógicamente el art. 94 bis CC o el art. 404.III CC, sino el principio general de bienestar del animal (no estamos, pues, ante un caso de analogía “legis”, sino de analogía “iuris”).

Es, pues, correcto que, establecido en favor de los comuneros un período de posesión y disfrute del animal por periodos alternativos de seis meses (ex art. 394 CC), se haya previsto un derecho de “comunicación” con él de un fin de semana al mes (desde el viernes por la tarde hasta el domingo tarde), en los periodos en que no se esté en su compañía, mediante el traslado al lugar de residencia de la mascota; como también me parece conforme a la equidad, que se haya dispuesto, además, que los “gastos de atención sanitaria, veterinario, vacunas y otros extraordinarios, serán sufragados al 50 % entre los 2 propietarios, previa justificación documental de los mismos”, y los “relativos a comida/peluquería, cada parte asumirá los mismos durante su periodo de posesión” [SJPI Valladolid, nº 9, 27 mayo 2019, rec. nº 1068/2018 (ECLI:ES:JPI:2019:88)].

Para profundizar sobre la materia:

José Ramón de Verda y Beamonte: Animales de compañía y crisis familiares: criterios interpretativos de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, InDret Privado, Revista para el Análisis del Derecho, Nº4 - 2024 - ISSN 1698-739X.

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

