

# LIBRO DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

MARZO 2017 N° 2

ASOCIACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA

DIRECCIÓN: NATALIA VELILLA ANTOLÍN

COORDINACIÓN: ALFONSO ALIAGA CASANOVA



Visítanos en:   [www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

## **INDICE DE CONTENIDOS**

### **1.- La exploración de menores en los procesos de familia y jurisdicción voluntaria. ¿Un derecho o una carga para el menor?**

Artículo elaborado por **Natalia Velilla Antolín**, Magistrada Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Torrejón de Ardoz.

### **2.- Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos menores alcanzan la mayoría de edad y padecen discapacidad**

**STS del Pleno de la Sala 1ª de 17 de enero de 2017**

Nº Sentencia: 113/2017

Comentario realizado por **Máximo José Pertusa Guillén**, Letrado de la Administración de Justicia

## **1.- LA EXPLORACIÓN DE MENORES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. ¿UN DERECHO O UNA CARGA PARA EL MENOR?**

**NATALIA VELILLA ANTOLÍN**

Magistrada

**VOCES: Menores. Exploración. Derecho de audiencia. Ponderación. Pertinencia. Discrecionalidad judicial.**

A lo largo de mis años al frente de juzgados del orden jurisdiccional civil en los que, además, conozco asuntos de familia y de jurisdicción voluntaria, he realizado cientos de audiencias a menores de edad, normalmente en procesos de familia en los que los padres de los oídos resolvían sus cuitas de forma contenciosa. Se ha producido, no obstante, un aumento de las audiencias de menores en el seno de los procesos de Jurisdicción Voluntaria, al hilo de la previsión expresa en este sentido en varios artículos de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, la 15/2015, de 2 de julio. Todos los que intervenimos en los procesos relativos a menores sabemos que éstos deben ser siempre oídos cuando sean mayores de doce años y, si son menores, siempre que tengan suficiente juicio. Así lo establece, además de la Ley de Jurisdicción Voluntaria a la que he hecho referencia, artículo 92 del Código Civil, el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (artículo 12); el Comité de Derechos del Niño (Observación General nº 12, de 20 de julio de 2009); la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (artículo 9) y un largo etcétera de resoluciones jurisprudenciales.

El hecho de que la ley obligue a escuchar al menor cuando tenga más de doce años o cuando tenga suficiente juicio, no conlleva que, en mi opinión, dicha audiencia sea siempre útil y beneficiosa para el menor. Si bien como Magistrados

estaremos obligados a seguir el dictado legal, considero que la exploración de menores debería poder ser sometida a un filtro de pertinencia.

El *superior interés del menor*, tan invocado por todos y que tan desvirtuado a veces está, como buen “concepto jurídico indeterminado”, puede llevar a la conclusión de que la ausencia de audiencia del menor esté justificada en determinados casos. Es evidente que, ante la petición expresa de ser oído efectuada por cualquier menor de más de doce años o con suficiente juicio, el juez o tribunal no podrá negarse a escuchar al menor. Así lo ha recordado la [STEDH 11 de octubre de 2016 \(asunto Iglesias v. España\)](#), que consideró que, en ese caso, se había vulnerado el artículo 6.1 del Convenio –derecho a un juicio justo–, al denegar a unas menores (con 13 y 11 años) el derecho a ser oídas cuando así lo solicitaron por carta al juez de instancia y a la Audiencia Provincial. El TEDH consideró que los tribunales españoles (el juzgado de primera instancia y la Audiencia Provincial) habían vulnerado el derecho de las menores a ser oídas. La sentencia traía su origen en un procedimiento de divorcio en el que la madre solicitaba la modificación de las medidas acordadas en la previa sentencia de separación y pedía expresamente que las hijas (de 11 y 13 años) fueran oídas por el juez de primera instancia. El magistrado, en lugar de oírlas directamente, acordó la prueba pericial psicosocial. La hija menor, entonces, de forma expresa, pidió que se grabaran las entrevistas realizadas con ella por el equipo psicosocial, lo cual no se llevó a efecto, por lo que el tribunal de instancia resolvió el asunto con el mero dictamen psicosocial de la mayor de las hijas. Recaída sentencia de primera instancia, la demandante recurrió en apelación ante la Audiencia, acompañando sendas cartas de las menores solicitando ser oídas por la Sala. Tampoco en segunda instancia las menores fueron escuchadas por los magistrados de la Audiencia, que confirmaron la resolución de primera instancia sin entrar a valorar la falta de audiencia de las menores. Tras la inadmisión del recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional, la madre acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual resolvió en el sentido de entender que el Estado Español había vulnerado el artículo 6.1 CEDH al negar a las menores el derecho a ser oídas. Es de especial interés el parágrafo 36 de la sentencia, que establece que *“En lo que respecta particularmente al trámite de audiencia de las niñas por parte de un Tribunal, el TEDH ha estimado que sería ir*

*demasiado lejos decir que los Tribunales internos están siempre obligados a oír a un niño en audiencia cuando está en juego el derecho de visita de un padre que no ejerce la guarda. En efecto, esto depende de las circunstancias particulares de cada caso y teniendo debida cuenta de la edad y de la madurez del niño afectado (Sahin c. Alemania [GC], no 30943/96, § 73, CEDH 2003-VIII. Observa, sin embargo, que en Derecho español (apartados 18 y 19 anteriores) en caso de procedimiento contencioso de divorcio, y si se estima necesario, los hijos menores, si son capaces de discernimiento, deben ser oídos por el Juez y, en todo caso, los menores con edades de 12 y más años. En cualquier caso, cuando el menor solicita ser oído, la denegación del trámite de audiencia deberá ser motivada”.*

Pero ¿puede el juez decidir no escuchar al menor?. A la vista de la legislación que regula esta cuestión y de la jurisprudencia nacional y europea, parece que, en los procedimientos en los que se afecten derechos o intereses de mayores de doce años o menores con suficiente juicio, no puede obviarse su testimonio. Hay una excepción legal que no siempre se cumple en nuestros juzgados: cuando los padres no tengan intereses contradictorios. Así lo establece el artículo 9.2, *in fine*, de la LO 1/1996, cuando dice que “*No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente*”. Es decir: en los procedimientos de mutuo acuerdo, ha de entenderse que los progenitores no tienen intereses contrapuestos a los del menor, por lo que no estaría indicado que el juez oyera al mayor de doce años antes de aprobar un convenio regulador, de la misma manera que los menores no son oídos por autoridad judicial o administrativa alguna cuando los padres –separados o no– toman decisiones por ellos en el normal discurrir de la vida ordinaria.

En los procedimientos contenciosos, sin embargo, del tenor literal del artículo, puede entenderse que se debe oír siempre a los menores. Y esto es lo que, quizá, pudiera ser objeto de revisión como *legeferenda*. La ley no parece distinguir cuál es el objeto de la controversia cuando obliga a oír al mayor de doce años. A nadie le extraña que, en aquellos casos en los que se discuta la guarda y

custodia, el régimen de visitas, la residencia del menor, el cambio de colegio, la celebración de un acto religioso...etc., el mayor de doce años o menor de esa edad con suficiente juicio, sea oído: se están discutiendo aspectos de la vida personal del menor que afectan directamente a su futuro y al desarrollo de su personalidad. El problema surge cuando la controversia es económica o puramente material y los padres tienen intereses contrapuestos. En este caso puede entenderse que alguno de los progenitores pudiera estar defendiendo una postura contraria a los intereses del menor (ej: pago de una pensión más baja que la reclamada por el progenitor custodio; solicitud de uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares por un tiempo limitado...etc.). Pese a que el sentido común nos lleva a considerar que el menor no tiene por qué ser oído, puesto que a esas edades suelen ser desconocedores de cualquier cuestión relativa a los ingresos de sus progenitores o a la situación de cargas de la vivienda, por ejemplo, podría entenderse que, al afectar lo discutido a los intereses del niño, el menor debe ser oído por el juez, tal y como establece el texto legal. Y no solo en este caso considero que la ley debería dejar mayor capacidad discrecional al juez, sino también en aquellos supuestos en los que las circunstancias concurrentes, acreditadas por causas objetivables, pudieran llevar a pensar que la comparecencia del menor ante el juez no produciría ninguna ventaja para aquel. Al contrario: la audiencia reservada con el juez podría desestabilizar al menor o provocarle una situación de estrés o tensión innecesaria.

Esta controversia se plantea en la actualidad muy a menudo en los expedientes de jurisdicción voluntaria conforme a la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio. No pocos expedientes afectan a menores o a personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente y, en todos ellos, la ley exige la audiencia del mayor de doce años o del menor que tenga suficiente juicio. Al margen de los expedientes en los que al menor se le da un papel activo (consentimiento en la adopción o solicitud de la emancipación o del beneficio de la menor edad, por ejemplo), se obliga a oír a los menores en la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial (artículo 25); en la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial (artículo 30); constitución de tutela o curatela (artículo 45); remoción de la tutela o curatela (artículo 49); aceptación de excusas del tutor o curador (artículo 50); control de la



guarda de hecho (artículo 52); problemas de patria potestad (artículo 87 en relación con los artículos 156 y 158 CC), pero también en la formación de inventario tras la constitución de la tutela o la curatela (artículo 47); en la fijación de la retribución del cargo de tutor o curador (artículo 48); en la rendición de cuentas del tutor o curador (artículo 51); o en la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores (artículo 64), entre otros supuestos. ¿Es realmente necesario que un menor de dieciocho años sea oído de forma imperativa para decidir sobre la enajenación de un inmueble heredado del progenitor premuerto cuando el menor está representado por el progenitor supérstite o el tutor, interviene el Ministerio Fiscal y se le ha designado un defensor judicial?. Quienes a diario asistimos a este tipo de comparecencias, podemos observar a menores ajenos totalmente a lo que se está debatiendo y que no saben qué contestar cuando son preguntados al respecto. En mi opinión, el exceso de garantías legislativas han hecho descargar sobre los menores un peso innecesario y perturbador para los niños y jóvenes en algunas ocasiones.

Tal y como se expone en la *“Guía práctica de exploración de menores”* de Mercedes Caso Señal, MilaArch Marín, Adolfo JarneEsparcia y Asunción Molina Bertumeus (Editorial Sepin), la mayoría de la jurisprudencia ha entendido que la exploración de los menores no es un medio de prueba. Y no puede serlo, en realidad, porque no hay ni obligación de practicarlo en Sala ni en presencia de los abogados de las partes. Ni siquiera se contempla la forma en que dicha audiencia debe ser documentada. La exploración de menor no puede ser “valorada” ni como documental, obviamente, ni como testifical, puesto que el menor no es dueño de sus actos y no tiene capacidad de obrar. De ahí que se denomine “exploración”, por su semejanza con la prueba de reconocimiento judicial. Aunque hay tantas formas de explorar a los menores como jueces hay en España, la mayoría de los órganos judiciales realizan dichas exploraciones de forma reservada, en el despacho del juez, en presencia del Letrado de la Administración de Justicia y del Fiscal, en su caso. La exploración de menores es un derecho para el menor, no un deber, de suerte que, si este no quiere hablar con el juez, nunca puede ser obligado. Los autores antes descritos, así como la jurisprudencia más reciente, entienden que la audiencia del menor no se realiza únicamente a presencia

judicial, sino que el juez puede entender cumplido el derecho de audiencia con el examen efectuado por el equipo psicosocial o un perito cualificado. Atendiendo a que la audiencia del menor no es una prueba y, sobre todo, atendiendo a ese “superior interés del menor”, el juez debería poder atender a criterios de ponderación y oportunidad para decidir si ofrecer al menor ser oído en los casos dudosos, es decir, cuando el menor realmente no tenga capacidad real de decidir por ser desconocedor de la realidad sobre la que se le consulta. El juez debería, en estos casos límite, poder dictar una resolución motivada –tal y como apunta el TEDH en la sentencia anteriormente mencionada– según la cual determine la innecesariedad de la exploración, “sin perjuicio de que el menor, en el legítimo ejercicio de su derecho de audiencia, así lo solicite expresamente el tribunal”. Quizá una regulación de la forma en la que deba practicarse la audiencia del menor y un margen de discrecionalidad del juez, protegería más los intereses del menor que la actual legislación al respecto.

AJFV



## **2.- CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO LOS HIJOS MENORES ALCANZAN LA MAYORÍA DE EDAD Y PADECEN DISCAPACIDAD**

**STS del Pleno de la Sala 1ª de 17 de enero de 2017**

Nº Sentencia 113/2017

**MÁXIMO JOSÉ PERTUSA GUILLÉN**

Letrado de la Administración de Justicia

**VOCES: Atribución del uso de la vivienda. Progenitor más necesitado de protección. Hijo mayor de edad. Dependencia económica. Discapacidad.**

*La mayoría de edad alcanzada por los hijos deja en situación de igualdad a marido y mujer en lo que respecta al derecho a la atribución del uso de la vivienda familiar, y ésta debe adjudicarse al progenitor cuyo interés fuera el más necesitado de protección, con independencia de lo pueda acordarse respecto de los alimentos a los que éstos tengan derecho, y ello, aún en el caso, de hijo mayor de edad con discapacidad reconocida, siempre que exista otra forma de protección al discapacitado no discriminatoria.*

### **COMENTARIO**

El tema que es objeto de estudio es una materia problemática por cuanto mientras el art.96 del C.Civil fija algunos criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar en el marco del proceso matrimonial a uno de los cónyuges, no concreta, en cambio, cuáles sean los casos de extinción del derecho, como por el contrario sí contempla con respecto a la pensión compensatoria en los artículos 100 y 101 del C.Civil.

En su sentencia de 5 de septiembre de 2011 el Tribunal Supremo resuelve la cuestión tomando como argumento de partida que ni la protección al menor

que depara el art. 96.1º CC se extiende más allá de la fecha en que alcanza la mayoría de edad, ni tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC respecto de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios.

A diferencia de los hijos menores las prestaciones alimenticias a favor de los mayores, que comprende el derecho de habitación, han de fijarse, por expresa remisión legal, conforme a lo dispuesto en los arts 142 y ss del CC que regulan los alimentos entre parientes.

Esta desvinculación de la prestación alimenticia y de habitación del hijo mayor de edad con el derecho a usar la vivienda familiar mientras se es menor de edad, va a conllevar que, aun cuando al alcanzar el hijo la mayoría de edad, subsista su necesidad de habitación, esta necesidad habrá de ser satisfecha conforme a los arts 142 y ss del CC; pero no puede ésta considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho sobre la vivienda familiar.

En la Sentencia 707/2013 de fecha 11 de noviembre de 2013, el Tribunal Supremo aplicando esa misma doctrina ha establecido que *“ La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fué asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas.”*

En la Sentencia de fecha 19 de enero de 2017( STS,Civil sección 991 del 19 de enero de 2017 ( ROJ:STS 113/2017) aquí analizada el Tribunal Supremo

vuelve a aplicar esa misma doctrina, pero con la particularidad que la vivienda que constituye el domicilio familiar era privativa del otro progenitor y la hija mayor de edad era discapacitada.

El supuesto de hecho planteado parte de una Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia n.º 3 de Quart de Poblet en el que estimando parcialmente una demanda de divorcio atribuye ese uso y disfrute del domicilio familiar a la esposa, por ser el más necesitado de protección y por un plazo de tres años, sentencia que tras ser recurrida en apelación fue íntegramente confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia Sección décima.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de casación por la representación de la propia esposa alegándose infracción del artículo 96.1 del Código Civil y la jurisprudencia de la misma sala que declara que los hijos discapacitados deben ser equiparados a los menores, a consecuencia de lo cual solicita que el uso de la vivienda familiar lo sea de forma indefinida en lugar de por tres años a la vista de las circunstancias de la hija, mayor de edad pero dependiente.

El Tribunal Supremo desestima el recurso partiendo de que el artículo 96 del Código Civil configura el derecho de uso de la vivienda familiar como una medida de protección de los menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y de que tampoco la Convención de Nueva York de 2006 contempla entre los apoyos que presta a una persona con discapacidad el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y divorcio. Es la mayoría de edad de los hijos la que determina el cese en la vinculación del uso del domicilio familiar y es entonces cuando los progenitores se encuentran en situación de igualdad, lo que permite atribuir el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije. Prescindir del límite temporal en el uso de la vivienda, aún en el caso de que los hijos sean discapacitados, sería contrario al artículo 96.3 del Código Civil, lo que supondría una limitación al titular del inmueble durante toda su vida que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad.

En definitiva según Tribunal Supremo *“el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor”*, y que en el caso del mayor discapacitado se concreta en un *“sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.”* y *“sin que esta implique que “haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias”*. Concluyendo el Alto Tribunal que *“En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores”*.

En conclusión, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en dichas sentencias, no es posible la atribución de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad dependientes económicamente, ni aún en el caso de que tengan reconocida una discapacidad, como pago en especie de los alimentos, sino que, por el contrario, una vez alcanzada la mayoría de edad la atribución del uso y disfrute de la vivienda debe hacerse a favor del cónyuge más necesitado de protección, y en el supuesto de necesitar los hijos mayores de edad, sean o no discapacitados, alimentos y vivienda esta necesidad deberá ser satisfecha a través de la obligación de alimentos que deben prestar los progenitores.

**Referencia CENDOJ: [ROJ: STS 113/2017 -CLI:ES:TS:2017:113](#)**