

1.2. Derecho de Familia

La crisis de pareja en caso de hijos o progenitores con discapacidad

The couple crisis in case of children or progenitors with disabilities

por

JUAN JOSÉ NEVADO MONTERO

Abogado. Doctor en derecho

RESUMEN: Tras la crisis de pareja, se organiza de forma diferente el núcleo familiar, y es necesario establecer en la resolución que regule las medidas paternofiliales como se van a llevar a cabo las tareas de los progenitores comprendidas en el ámbito de la patria potestad.

Entre las cuestiones a regular se encuentran el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad, las pensiones de alimentos si proceden, y la atribución del uso de la vivienda familiar, en su caso.

Cuando los hijos o progenitores son personas con discapacidad, dicha circunstancia deberá tenerse en cuenta para establecer las medidas.

ABSTRACT: *After the couple crisis, the family nucleus is organized differently, and it is necessary to establish in the resolution that regulates the parent-child measures as the tasks of the parents included in the scope of parental authority will be carried out.*

Among the issues to be regulated are the system of custody and custody of minor children, alimony if applicable, and the attribution of the use of the family home, where appropriate.

When children or parents are people with disabilities, this circumstance must be taken into account to establish the measures.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad. Crisis de pareja. Personas con discapacidad. Pensión de alimentos. Guarda y custodia.

KEY WORDS: *Parental authority. Couple crisis. People with disabilities. Alimony. Guard and custody.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.—III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD.—IV. DISCAPACIDAD Y PENSIÓN DE ALIMENTOS.—V. DISCAPACIDAD Y GUARDA Y CUSTODIA.—VI. DISCAPACIDAD Y ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad sobrevinida de algún miembro de la familia supone un cambio en la dinámica de la misma, y en ocasiones un menoscabo emocional en sus integrantes, que se ven obligados a cambiar la rutina familiar, sus ritmos y sus proyectos.

La alteración suele ser mayor cuando la discapacidad afecta a un menor, y se ven alterados todos los elementos del núcleo familiar: los niños con discapacidad, que pueden presentar desde problemas de movilidad a desórdenes conductuales; sus hermanos, que se pueden sentir desatendidos; y los padres, al poder quedar en segundo plano las necesidades de pareja frente a los requerimientos que necesita el hijo¹.

En situaciones de convivencia de los padres no existirá conflicto, pero cuando acontece la crisis de pareja, si un miembro de la familia es una persona con discapacidad (especialmente de tipo mental o intelectual) surgirán discrepancias en cuanto al ejercicio de la patria potestad o la atribución de la guarda y custodia, y esa circunstancia será tenida en cuenta a la hora de establecer las medidas paternofiliales que regularán el nuevo modelo de convivencia.

II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española² define la discapacidad como la situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos.

La percepción social de la discapacidad ha ido cambiando a lo largo de la historia, y a su vez ha variado la terminología, desde la consideración de castigo divino a los apelativos de idiotas o cretinos, o la denominación de inválidos que recoge la Ley de la Seguridad Social de 1974.

La Constitución española (en adelante, CE) hace referencia a los disminuidos (art. 49), con una cierta carga peyorativa basada en la negación, siendo con la entrada del nuevo siglo cuando se renueva la cuestión terminológica ocupando la persona su lugar como sujeto, seguido de la condición adjetiva específica, por lo que la fórmula recomendable sería la de personas con discapacidad, o en abstracto, la discapacidad (MORETÓN SANZ, 2005, 63).

El vocablo discapacidad sigue la visión tradicional del enfoque médico que considera a la persona biológicamente imperfecta, por lo que ha habido propuestas para sustituirlo por la expresión «diversidad funcional», ajustado a una realidad donde una persona funciona de manera diferente a la de la mayoría de la sociedad, pero esa normalidad no deja de ser más que una ficción estadística. Una persona sorda se comunica mediante lenguaje de signos mientras que la mayoría lo hace a través del habla y el oído, y alguien con lesión medular se desplaza en silla de ruedas, aunque la mayoría lo haga andando. Realizan la misma función, la comunicación o el desplazamiento, pero lo hacen de manera diversa³.

En determinados foros pueden utilizarse de forma indistinta los términos discapacitado, incapaz e incapacitado, sin embargo, desde una perspectiva técnica no son sinónimos, aunque se encuentren interconectados. La discapacidad no tiene por qué implicar una incapacidad natural o de hecho, ni una incapacitación judicial, pertenecen a distintas órbitas (civil y administrativa) y son procedimentalmente diferentes (DEL CAMPO ÁLVAREZ, 2020, 72).

Según el Informe Mundial Sobre la Discapacidad elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2011⁴, desde el punto de vista sanitario la discapacidad puede clasificarse en cinco categorías:

- Discapacidad motriz o física: paraplejia, amputaciones, secuelas de la poliomielitis, artritis, etc.
- Discapacidad intelectual: limitaciones de funcionamiento y desarrollo como el Síndrome de Down o Síndrome de Asperger, enfermedad de Alzheimer, etc.
- Discapacidad mental: alteraciones de carácter bioquímico como el trastorno bipolar, la esquizofrenia, depresión, etc.
- Discapacidad sensorial: limitaciones en percepción visual, sonora, etc.

III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD

El primer texto de carácter internacional con referencia a la discapacidad fue la Declaración de los Derechos del Retraso Mental, en 1971⁵, al que siguió la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975⁶.

Y la primera norma internacional que mencionó a las personas con discapacidad fue la Convención de los Derechos del Niño de 1989, cuyo artículo 23 establece que «los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad».

Pero el punto de inflexión en el tratamiento a nivel internacional de la discapacidad se alcanzó con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CNY)⁷, que el Secretario General de la ONU calificó como el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI⁸.

España ratificó la CNY y su Protocolo Facultativo⁹, formando parte desde entonces del ordenamiento interno, por lo que resultó necesaria la adaptación y modificación de varias normas.

A nivel europeo, la Carta Social de 1962 (firmada en Turín el 18 de octubre de 1961), en el punto 15 de su primera parte, consagra que «toda persona inválida tiene derecho a la formación y readaptación», y en el Tratado de Maastricht se contiene como objetivo la lucha contra la exclusión y la integración en el mundo laboral.

La Unión Europea, por Decisión del Consejo de 24 de noviembre de 2009¹⁰, aprobó la CNY.

En España, el artículo 49 de la CE exige a los poderes una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, visibilizando dos cuestiones con consecuencias inmediatas: la existencia de un colectivo vulnerable necesitado de especial protección, y la aclaración de que las personas de ese colectivo eran ciudadanos de pleno derecho en completa igualdad a los demás.

El precepto se encuentra entre los principios de la política social y económica, por lo que establece elementos que han de ser integrados en el tratamiento holístico de la discapacidad (MORETÓN SANZ, 2005, 70).

El texto constitucional adoptó el modelo médico o rehabilitador, imperante en la época de su aprobación, que consideraba la discapacidad como un problema

de la persona que requería asistencia y tratamiento, modelo superado por la CNY (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2011, 77).

La CNY sustituye ese modelo médico por un modelo social y de derecho humano, centrado en que la persona con discapacidad participe de forma plena y efectiva en la sociedad, en condiciones de igualdad con las demás (DE LA IGLESIA MONJE, 2015, 358).

Respecto al ámbito personal de protección de la discapacidad encontramos referencias en varias normas.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, considera como personas con discapacidad en su ámbito de aplicación a las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual al 65%.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante, Real Decreto Legislativo 1/2013), las define como quienes presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, incluyéndose en todo caso a quienes se haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, considerando que presentan dicho grado los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Con relación a esta definición, la STS de 19 de febrero de 2020 establece que la discapacidad y la incapacidad laboral no son equiparables, y reitera que el reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, no da derecho al reconocimiento automático del 33% de discapacidad.

El Real Decreto Legislativo 1/2013 se excedió en la delegación legislativa, y por ello la declaración de discapacidad del 33% está limitada a la propia ley. Así, quien tiene reconocida la incapacidad permanente y percibe la pensión correspondiente, no goza del reconocimiento automático del 33% de discapacidad, con los beneficios que conlleva, pues para ello debería someterse a evaluación de acuerdo al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y certificado del grado de discapacidad.

Coexisten los términos discapacidad (en el ámbito administrativo), e incapacidad (en el Código civil, en adelante CC).

En sentido técnico, la discapacidad es una situación administrativa y la incapacidad un estado civil que deriva de una sentencia que tiene carácter constitutivo (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2011, 55).

Íntimamente relacionada está la noción de dependencia, introducida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia¹¹, que forma parte del discurso médico y político desde hace años, como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía precisan de ayuda para las actividades básicas de la vida diaria o apoyos para su autonomía personal (MORETÓN SANZ, 2007, 100).

La necesidad de modificación de normas internas a raíz de la CNY de 2006 afectó a todo el ordenamiento legislativo, sin que prácticamente ninguna disposición que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados quede inmune (GARCÍA RUBIO, 2018, 174).

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021)¹² regula de forma separada el tratamiento de los menores de edad, cuyo medio de protección es la tutela, estableciendo la curatela como institución básica de apoyo para los discapacitados, nombrando a un curador que asista y complemente la capacidad de la persona apoyándose en el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta su propia voluntad y preferencias. Se da con ello nuevo contenido a la institución de la curatela que hasta ahora se reservaba en el Código civil para casos puntuales de prodigalidad o discapacidad que solo requerían asistencia según apreciación judicial (MAGARIÑOS BLANCO, 2018, 200).

Supone una de las reformas más importantes del Código civil desde que entró en vigor la CE, solo comparable a la de 1981, pues cambia más de 150 artículos en materia de Derecho de la persona, sucesiones, contratos y responsabilidad civil.

La Ley 8/2021 adapta el derecho español a la CNY, cuyo artículo 12 reconoce a las personas con discapacidad la misma capacidad jurídica que el resto, en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de la vida, obligando a prestarles apoyo para su ejercicio con un sistema de salvaguardas que respete sus derechos, evitando las restricciones de la capacidad de obrar a no ser absolutamente necesarias para evitar perjuicios personales¹³. Esas restricciones deberán ser interpretadas de forma restrictiva, como en el caso del ejercicio de derechos por menores de edad (MORETÓN SANZ, 2009, 58).

El Consejo de Ministros aprobó el 7 de julio de 2020 la remisión a las Cortes del Anteproyecto, y el 17 de julio de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley, y la Ley 8/2021 se publicó en el BOE de 3 de junio de 2021.

Cuando no se había publicado la Ley 8/2021, el Tribunal Supremo (en adelante TS) sentó unas premisas en los procedimientos en que intervenían personas con discapacidad (PEREÑA VICENTE, 2016, 12):

- la normativa española no está derogada, pero deberá interpretarse a la luz de la CNY, teniendo en cuenta que la incapacitación no cambia la titularidad de los derechos, pero determina su forma de ejercicio.
- el interés de una persona con discapacidad está por encima de cualquier otro, y habrá que ser especialmente cuidadoso para discernir cuál es.
- la incapacitación es una forma de protección de la persona con discapacidad en la medida que lo precise, y ha de ser proporcional a la incidencia que tengan las limitaciones de las facultades intelectivas y volitivas.
- ha de considerarse la capacidad residual de la persona, para reconocerla y potenciarla.
- la curatela, como instrumento de apoyo y asistencia, es más acorde con los principios de la Convención que la tutela.

En esta línea, la STS de 19 de febrero de 2020 considera la curatela como la institución más adecuada para garantizar la autonomía y protección de quien posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, en cuanto que flexible y caracterizada

por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

Procesalmente no encontramos especialidad alguna en las crisis de pareja si alguno de los padres o hijos es una persona con discapacidad, pero un hecho controvertido que se planteó fue la posibilidad de que, si sobrevenia la discapacidad e incapacitación de uno de los miembros de la pareja, pudiera su representante legal estar legitimado para el ejercicio de la acción de separación o divorcio (CABELLO DE ALBA JURADO, 2015, 49).

La cuestión fue resuelta por las STC de 18 de diciembre de 2000 y la STS de 21 de septiembre de 2011.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se pronunció sobre el recurso de amparo interpuesto por una madre que solicitó la declaración judicial de separación de su hija incapacitada. La hija estaba separada de hecho, y sufrió un accidente con graves secuelas, por lo que fue incapacitada. El juzgado autorizó a la madre a entablar demanda de medidas de separación o divorcio, pero se inadmitieron tanto la demanda de medidas provisionales como la de separación por falta de legitimación, al tratarse de un derecho de carácter personalísimo, resoluciones que fueron confirmadas en apelación por la Audiencia provincial. La madre fundamentó el recurso de amparo en la vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, que es estimado porque negar la legitimación a la tutora constituye un desproporcionado rigorismo que impide el acceso a dicha tutela, siendo la separación un medio para obtener la satisfacción de un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a situaciones de convivencia matrimonial que les pueden suponer un peligro físico o un menoscabo de su dignidad (las que se establecían como causas de separación).

Once años después confirmó el Tribunal Supremo dicha doctrina. En primera instancia interpusieron demanda de divorcio los padres de una mujer incapacitada, actuando como tutores, contra su marido, no siendo reconocida su legitimación. La sentencia de apelación reconoció la legitimación y declaró el divorcio, por lo que el marido recurrió en casación al considerar la acción de divorcio como personalísima. El problema planteado es diferente, pues el TC centró la cuestión en el interés del incapacitado cuando la separación era causal, pero debía estudiarse si el divorcio podía ser ejercitado por el tutor en nombre del incapacitado, al disolver el vínculo matrimonial. Se consideran en juego dos derechos: el derecho a la libertad de continuar o no casado, y el derecho a la tutela judicial efectiva que permita ejercer acciones de titularidad del incapacitado a través de su representante.

La clave de la resolución del Tribunal Supremo se encuentra en la CNY, que impone a los Estados Parte adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que de no admitir la legitimación del tutor para instar el divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, convirtiendo de hecho el matrimonio en indisoluble. La acción no puede ser ejercida de modo arbitrario, sino que se debe justificar el interés del incapacitado en obtener la disolución del matrimonio.

La interpretación del interés de la persona con discapacidad, en virtud del artículo 12 de la CNY, pasa por garantizar el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, su voluntad y preferencias, reconociendo su capacidad jurídica, que es presupuesto del ejercicio y disfrute de otros derechos como el acceso a la justicia, a no ser internado, no seguir un tratamiento, desplazarse libremente, etc. (GUILARTE MARTÍN CALERO, 2019, 30).

Desde mi punto de vista y aunque las resoluciones se refieren a la acción de separación y divorcio, extrapolando su *ratio decidendi* se incluiría también el establecimiento de medidas paternofiliales respecto a los hijos comunes.

Ninguna duda cabe en el caso de que fuera necesaria la adopción de alguna medida urgente respecto a los hijos de alguna pareja con algún miembro con discapacidad (autorización para intervención médica, solicitar prohibición de salida del territorio nacional, etc.), por cuanto el artículo 158 del Código civil legitima para accionar al juez de oficio o a petición de algún hijo, cualquier pariente, o el Ministerio Fiscal.

En España, según la última encuesta realizada al respecto por el Instituto Nacional de Estadística¹⁴, el número de personas con discapacidad alcanzaba los 3.8 millones el 2008 (últimos datos disponibles), lo que suponía el 8.5% de la población, de ahí la importancia de los estudios dirigidos a dotar de recursos y conocimientos a los profesionales del derecho para que puedan actuar con garantías en aras a salvaguardar el mejor interés de las personas con discapacidad.

IV. DISCAPACIDAD Y PENSIÓN DE ALIMENTOS

El Código civil no establece especialidades para la fijación de pensiones de alimentos para los hijos con discapacidad cuando se produce la crisis de pareja, ni tampoco tiene en cuenta la discapacidad de los progenitores para modular la cuantía.

Desde que se publicara la CNY y ante la inactividad del legislador por incorporar sus postulados a nuestro ordenamiento, ha sido el Tribunal Supremo el que lo ha hecho, tal y como hemos indicado.

La tesis tradicional del Alto Tribunal ha sido la de considerar a los hijos con discapacidad como menores de edad a efectos de alimentos.

El interrogante a resolver es cuál es la situación de los hijos mayores de edad necesitados de alimentos en los procesos matrimoniales cuando se encuentran afectados por discapacidad (ECHEVARRÍA DE RADA, 2017, 2495).

En la STS de 7 de julio de 2014, el padre de un varón con discapacidad del 65%, de 27 años de edad, solicita la extinción de la pensión de alimentos de su hijo, que finalizó sus estudios hace diez años y no se encuentra inscrito como demandante de empleo. La madre alega que depende de ella al padecer un trastorno esquizofrénico paranoide que le impide trabajar, y pretende un aumento en la pensión de alimentos de 400 euros.

Tanto en la instancia como en apelación se declara extinguida la pensión de alimentos, por lo que la madre interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación (este último apoyado por el Fiscal¹⁵).

El Tribunal Supremo analiza el recurso de casación desde un doble ángulo: la consideración que merece la privación de la pensión únicamente por haber alcanzado la mayoría de edad y poder ser beneficiario de una pensión contributiva de la Seguridad Social, considerando que posee recursos económicos suficientes, y desde la situación personal del alimentista, con una discapacidad grave.

En el primer caso, la obligación de alimentos se prolonga cumplida la mayoría de edad al vivir el hijo con discapacidad en el domicilio familiar y carecer de recursos propios, situación que podría alterarse en algunos casos, por ejemplo, si se produjera la incapacitación y rehabilitación de la patria potestad.

En el segundo, a tenor de lo establecido en la CNY, no cabe reconducir la prestación alimenticia al cauce del artículo 142 del Código civil (alimentos entre

parientes), sino que debe mantenerse la impuesta al amparo del artículo 93, al estar el hijo afectado por deficiencias que requieren cuidados personales, dedicación extrema y exclusiva, y recursos económicos para su manutención mientras carezca de ellos.

Por ello se declaró como doctrina que, la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle, y deben equipararse a los que se entregan a los menores mientras el hijo conviva en el domicilio familiar y carezca de recursos.

La doctrina se reitera en la STS de 17 de julio de 2015. En este caso la Audiencia Provincial resolvió mantener los alimentos durante seis meses para que pudieran explorarse las vías de atención a la hija de 27 años con un 67% de discapacidad, pero el Tribunal Supremo casa la sentencia porque, aun no desconociendo su doctrina (cita la STS de 7 de julio de 2014), lo hace sin extraer las conclusiones que se obtienen de la misma y sin dar respuesta inmediata a la situación de discapacidad, posponiendo la solución a un momento posterior y generando incertidumbre respecto a la alimentación de la hija.

El que los hijos con discapacidad perciban pensiones o prestaciones de carácter público puede tenerse en cuenta para cuantificar la pensión, en relación a las posibilidades del obligado (STS de 10 de octubre de 2014), pero en ningún caso, como se ha indicado, conducir a su extinción.

El Alto Tribunal se centra en el interés superior de la persona con discapacidad como criterio inspirador del derecho moderno en los supuestos de hijos mayores de edad con discapacidad, por su conexión con la dignidad de la persona, principio general del Derecho Privado y Constitucional que vincula a los poderes públicos (DE LA IGLESIA MONJE, 2015, 356).

Ese interés superior no ha de ser entendido como un concepto abstracto y objetivo, sino subjetivo, será lo que para la persona sea mejor según sus valores, intereses, estilo de vida y preferencias (PEREÑA VICENTE, 2016, 26).

El criterio expuesto se ha de mantener siempre que concurren las circunstancias del artículo 93 del Código civil, de convivencia en la vivienda familiar y ausencia de medios económicos. En caso contrario procederá la extinción de la obligación de alimentos.

La STS de 13 de diciembre de 2017 declara extinguida la pensión de alimentos que un padre satisface a su hijo con discapacidad. El padre fundó su petición en el hecho de que se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para toda actividad laboral, percibiendo una pensión del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y aunque el hijo tiene una discapacidad del 42% con un grado de limitación en la actividad del 32%, ello no impide su formación ni su incorporación al trabajo.

La sentencia establece que no todos los supuestos de discapacidad conllevan la misma solución, y no a todos resulta aplicable la doctrina de la Sala, ya que la CNY exige una respuesta adaptada a las circunstancias particulares valorando si son necesarios los apoyos. En el caso enjuiciado el alimentista padecía enfermedad de Crohn, pero había completado su formación y podía trabajar, y el alimentante se encontraba imposibilitado para el trabajo, por lo que no podía hacer frente a la pensión tras satisfacer sus necesidades más perentorias.

No es equiparable, por tanto, la situación a efectos de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con discapacidad con la de los menores de edad, aunque dicha circunstancia debe ser ponderada en todo caso, cuando afecta a los padres alimentantes y cuando lo hace al hijo alimentista.

En lo que a la efectividad de la obligación se refiere, en el caso de que se produzcan impagos de pensiones de alimentos destinadas a los hijos mayores de edad con discapacidad, resulta posible acudir al Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, pues dentro de su ámbito de aplicación se encuentran los hijos e hijas mayores de edad con un grado de discapacidad reconocido superior al 65%.

El 1 de enero de 2008 entró en vigor el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, una iniciativa que merece ser subrayada por cuanto manifiesta la sensibilidad de los poderes públicos ante el problema social de la falta de pago de las prestaciones (LASARTE ÁLVAREZ, 2018, 379).

En el preámbulo de la norma se citan las disposiciones legislativas que condujeron a su consolidación, a saber: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en su disposición adicional decimonovena obligaba al Estado a garantizar el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretara el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendría en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género; la disposición adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se regula el Fondo de Garantía de Pensiones, en el mismo sentido; la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que crea el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (disposición adicional quincuagésimo tercera), y la disposición transitoria undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ordenaba su creación.

El Fondo se gestiona por el Servicio de Gestión de Fondos de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Hacienda).

La solicitud puede realizarse tras haber instado la ejecución de la resolución que reconoce el derecho de alimentos sin haber obtenido satisfacción por no haberse pagado los alimentos ni haberse trabado embargo sobre bienes del ejecutado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la norma (condición de beneficiarios y condiciones económicas), siendo de destacar que el Estado se subroga en los derechos del menor frente al obligado al pago, y repite contra este por el importe total satisfecho. Una vez obtenido el pago del Fondo, el beneficiario no podrá reclamar en vía ejecutiva lo ya cobrado¹⁶.

V. DISCAPACIDAD Y GUARDA Y CUSTODIA

La atribución de la guarda y custodia de los menores ha de abordarse desde dos puntos de vista, según los padres o los hijos sean personas con discapacidad.

En el Código civil no encontramos disposición alguna que haga referencia al ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia por parte de personas con discapacidad, situación paradójica si tenemos en cuenta que el artículo 23 de la CNY obliga a los Estados a garantizar la asistencia apropiada a personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. Una posibilidad para adaptar nuestro Derecho sería establecer un paralelismo entre las personas con discapacidad y los menores no emancipados, a los que se permite el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia

de sus padres, del tutor o de la autoridad judicial (art. 157 CC). Sería posible incluir un precepto análogo a fin de que las personas con discapacidad pudieran ejercer la patria potestad, lo que encajaría en el sistema de apoyos que establece la CNY (CABELLO DE ALBA JURADO, 2015, 54).

El artículo 94 del Código civil, en sede de efectos comunes a nulidad, separación y divorcio, equipara a menores e incapacitados, y por analogía a los hijos extramatrimoniales, al establecer el derecho del progenitor no custodio a visitarlos, tenerlos en su compañía y comunicar con ellos.

Según la encuesta sobre discapacidad mencionada anteriormente, tres de cada cuatro cuidadoras principales son mujeres, principalmente de entre 45 y 64 años.

Del análisis de esos datos se podría colegir que por lo general la guarda y custodia de los menores con discapacidad se atribuye a la madre, con un régimen de visitas para el padre, situación que contrasta con la postura del Tribunal Supremo a favor de la guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo estableció como doctrina en 2013¹⁷ que la custodia compartida no es una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Esa línea jurisprudencial se ha mantenido, reiterando la bondad del sistema, que garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos, con las siguientes ventajas¹⁸:

- se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- se evita el sentimiento de pérdida.
- no se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

El Código civil únicamente establece como criterio para la adopción del régimen de guarda la valoración de la relación que los padres tengan entre sí y con los hijos (art. 92.6), por lo que han sido juzgados y tribunales¹⁹ los que han considerado necesario ponderar:

- la disponibilidad de tiempo de los progenitores para dedicarlo a sus hijos.
- la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, a fin de conservar su entorno, las relaciones con la familia, círculo social y entorno escolar.
- qué progenitor ofrece mayor garantía de que la relación con el otro se desarrolle con normalidad.
- la dedicación de los progenitores a la familia durante la convivencia.
- la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por alteraciones que afecten a un progenitor.
- y la precaución de que se deslinde la custodia de otras cuestiones como la atribución del uso de la vivienda familiar o las pensiones de alimentos.
- la distancia entre los domicilios de los progenitores.
- la relación entre los progenitores.

Los criterios se recogieron en parte en el artículo 92.bis.3 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los casos de nulidad, separación y divorcio de 13 de enero de 2015, que no llegó a ser aprobado²⁰.

Por supuesto, los criterios relacionados se valorarán para conseguir respetar el mejor interés del menor, norte y guía de cualquier procedimiento en que intervengan menores de edad a tenor de lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LPJM).

El instrumento más objetivo para ello es el informe psicosocial, elaborado por profesionales de la psicología, pedagogía o trabajo social tras evaluar generalmente al núcleo familiar en su totalidad y proponer unas medidas adaptadas a sus circunstancias, como el «traje a medida» a que nos referimos al hablar de las resoluciones de incapacitación, y es que no se puede establecer una norma general de cómo puede afectar la discapacidad de padres o hijos en el régimen de relaciones, pues dependerá del tipo y grado de discapacidad, y de cómo incide en la capacidad de cuidar o las necesidades de ser atendido²¹.

Únicamente la normativa foral catalana hace referencia a la evaluación de la discapacidad en el informe psicosocial para establecer el régimen de guarda, si bien, no utiliza el vocablo discapacidad, sino que se refiere a la existencia de enfermedades mentales o anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares²².

Cuando existen menores con discapacidad, el régimen de guarda y custodia deberá acomodarse a lo que a ellos más convenga. Dicho supuesto se trata en la SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por una madre contra una sentencia de modificación de medidas que mantenía a su favor la guarda y custodia monoparental de dos menores, uno de ellos con discapacidad, con un régimen de visitas para el padre.

Uno de los menores padecía desde muy corta edad trastorno del desarrollo y retraso madurativo, con una discapacidad reconocida del 33%. La madre solicitó que se adoptara la guarda y custodia compartida al haberse registrado una evolución desfavorable en el menor, avalada por un informe de la unidad de salud mental que le atendía, unido a las dificultades de carácter personal surgidas en su entorno, pues el abuelo paterno, que colaboraba atendiéndolo, enfermó de cáncer, falleciendo posteriormente. Además, alegaba que ambos progenitores eran idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia, el padre tenía disponibilidad para ejercerla por su trabajo como funcionario en turno de mañanas, y es el sistema considerado normal y deseable por la doctrina.

El Tribunal, en atención a las circunstancias excepcionales del caso, considera que deben incrementarse los deberes respectivos de ambos padres, sin que recaigan principalmente sobre uno de ellos y sin protagonismo de ninguna de las partes, por lo que resuelve que el sistema óptimo es la guarda y custodia compartida.

Esa búsqueda del bienestar del menor con discapacidad puede operar en sentido contrario, y aconsejar que la guarda y custodia sea monoparental si existen razones que lo aconsejen.

Entre dichas circunstancias se encuentra la de ser el progenitor de referencia del menor. La STS de 18 de enero de 2018 concede la guarda y custodia de un menor con un grado de discapacidad del 53% a su madre. Se confirman las sentencias de primera instancia y apelación que consideran a la madre como progenitora de referencia, aunque el padre no sea inidóneo para atender al menor, y su figura sea insustituible para un mejor desarrollo de su personalidad y una

vida más plena. Se opta por la guarda maternal porque preserva la estabilidad del régimen que regía desde la adopción de medidas provisionales, y esa rutina y cotidianeidad es necesaria para el menor con discapacidad.

Cuando la discapacidad afecta a uno de los padres también se tendrá en cuenta el interés del menor, estableciéndose el sistema de guarda que garantice la relación con ambos progenitores siempre que sean aptos para el ejercicio de la patria potestad.

En casos de enfermedades mentales de carácter grave, pero que han sido estabilizadas y tratadas, puede concederse la custodia al progenitor con discapacidad si no está impedido de atender a los menores. El ATS de 27 de marzo de 2019 inadmite el recurso de casación interpuesto por un padre frente a la resolución de la Audiencia Provincial que concedió la custodia compartida a pesar de padecer la madre trastorno bipolar, pues había seguido tratamiento y se consideraba apta para el cuidado del menor, además de que debía de presentar trimestralmente un informe de su psiquiatra. El Alto Tribunal consideró que se había valorado la prueba correctamente, pues los informes que obraban en los autos acreditaban que podía hacerse cargo de su hijo.

Cuando se estime necesario, si alguno de los progenitores sufre una discapacidad que puede afectar a los menores, pueden tomarse medidas para hacer compatible el derecho de relación, como la intervención de la figura del coordinador de parentalidad. Las primeras resoluciones que acuerdan la intervención del coordinador de parentalidad en España se dictan por la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo ponente el magistrado D. José Pascual ORTUÑO MUÑOZ (RODRÍGUEZ DÁVILA y SOTO ESTEBAN, 2015, 180).

En la SAP Barcelona de 15 de enero de 2014, se resuelve un recurso en que el padre, que ostentaba la guarda y custodia de sus hijas solicitaba una modificación de medidas a fin de que las visitas de las hijas con su madre se realizaran en un punto de encuentro, para evitar las agresiones y manipulación por parte de esta a causa de una enfermedad psíquica.

El Tribunal considera probado que la enfermedad de la madre está controlada por el tratamiento médico que sigue, y no aprecia adecuado la realización de visitas en punto de encuentro, sino que establece como necesarias medidas educativas para las menores que les faciliten una relación armónica con los progenitores, por ello, al amparo del artículo 233-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo), se dispone la reanudación de la relación con la madre con la intervención de apoyo de un coordinador de parentalidad designado por los servicios sociales, con facultades para entrevistarse con los miembros de la familia y otras personas del entorno, y para recabar informes del colegio y los servicios sanitarios, debiendo remitir informes periódicos al juzgado.

En el mismo sentido anteponen el derecho de relación entre padres e hijos el Tribunal de Estrasburgo. La STEDH de 10 de enero de 2017, resuelve el recurso de un padre sordomudo, casado con una mujer con discapacidad auditiva pero que se comunica oralmente y en lengua de signos, y que tuvieron un hijo con discapacidad auditiva, que utilizaba audífono y podía comunicarse oralmente.

En los procesos de adopción de medias paternofiliales tras la crisis de pareja se reconoció al padre un derecho de visitas en presencia de la madre, sin acceder a que se llevaran a cabo en compañía de la abuela paterna para facilitar la comunicación. El padre recurrió por vulneración del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, considerando el Tribunal que se vulneró su

derecho a la vida familiar al no adoptar medidas que atenuaran la barrera de comunicación entre padre e hijo.

Sin embargo, en algunos casos no resultará conveniente para los menores que un progenitor con discapacidad ostente la guarda y custodia de los menores si con ello puede causarles algún perjuicio en su desarrollo. No debe tomarse como una represalia hacia el progenitor, sino como una medida para garantizar el mejor interés de los hijos. Así lo establece la STS de 5 de abril de 2019, que confirma el cambio de guarda y custodia a favor del padre en un procedimiento de modificación de medidas al considerar inviable la custodia materna a causa de su enfermedad psíquica. La Audiencia Provincial se desligó del informe del equipo psicosocial que fue correctamente analizado en primera instancia, con un análisis minucioso y detallado de la enfermedad psíquica de la madre y de la abuela materna, realizado con una metodología concienzuda, y que no supone ningún reproche peyorativo hacia la madre, sino que pone el acento en la enfermedad que padece proyectada al interés del menor.

En el caso de situaciones graves, si por la discapacidad de los progenitores pudieran producirse perjuicios para los menores sería posible adoptar medidas drásticas, más allá de la reducción o el control de las visitas, como la privación de la patria potestad²³.

Habida cuenta del carácter de función social de la patria potestad, cualquier limitación a su titularidad o ejercicio debe ser excepcional, por ello el artículo 170 del Código civil, que regula las causas de privación de la patria potestad, debe ser objeto de interpretación restrictiva. El Tribunal Supremo considera que la variabilidad de las circunstancias, exige conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación, de manera que el precepto se interprete de acuerdo a las circunstancias de cada caso²⁴, pero no se puede descuidar que esa facultad de apreciación está reglada y su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor (de no hacerlo, la sentencia que dictaminara la privación de la patria potestad tendría acceso a casación por error en la valoración de la prueba²⁵).

Esa interpretación restrictiva implica que el incumplimiento que motive la privación ha de ser grave, bien por el peligro que suponga para el hijo, bien por su reiteración o duración en el tiempo. Y, además, ha de ser un incumplimiento voluntario. En este sentido, la STS de 2 de julio de 2004, no acepta la privación de la patria potestad de un padre porque, aunque había sido consumidor de drogas, se había sometido a programas de deshabituación. Si se había producido algún incumplimiento de los deberes paternos fue por la conducta obstativa de la madre, y si no había contribuido económicamente a las necesidades del hijo, no fue de forma voluntaria, sino por carecer de ingresos y de bienes. Así, si el progenitor afectado de una discapacidad de carácter psíquico sigue tratamiento que permita apreciar que el ejercicio de la guarda y custodia se ejercerá correctamente, no tiene por qué ser restringido.

La privación de la patria potestad requiere una serie de presupuestos (BERROCAL LANZAROT, 2011, 498):

- Un incumplimiento grave o reiterado de los deberes que implica la patria potestad, o la imposición de una pena o medida de protección ante conductas delictivas.
- Una resolución judicial acordando la medida.
- El carácter excepcional y temporal de la medida, pues se puede recuperar mediante sentencia judicial.

- La posibilidad de privar total o parcialmente de la patria potestad al padre o a la madre.
- Se ha de valorar cada caso de forma restrictiva para salvaguardar el interés de los hijos menores de edad.
- Para garantizar dicho interés la privación debe ser necesaria, oportuna y conveniente.

Y sería una medida de carácter temporal, de acuerdo al tenor del artículo 170 del Código civil, por lo que el progenitor con discapacidad podría ser restaurado en la patria potestad si su evolución así lo aconsejara (pensemos en enfermedades de carácter psíquico que mejoran tras la aplicación de terapia).

Una cuestión que no es baladí es la necesidad de oír a los menores en el procedimiento de adopción de medidas, establecida en cuanto a los efectos de la nulidad, separación y divorcio, en el artículo 92.2 del Código civil, que obliga al juez a velar por el cumplimiento del derecho a ser oídos de los menores cuando se tenga que adoptar cualquier medida sobre custodia, cuidado o educación, teniendo especial relevancia en el ámbito de este trabajo lo dispuesto en el artículo 9.1 de la LPJM, por cuanto garantiza de forma expresa que el menor sea oído y escuchado sin discriminación alguna por razón de discapacidad, siendo necesario contar con profesionales cualificados para la realización de la audiencia a fin de que se realice de acuerdo a su situación evolutiva, en un lenguaje claro, y preservando su intimidad, extremo que cobra especial relevancia cuando se trata de menores con discapacidad²⁶.

El derecho de audiencia de los menores ha sido consagrado como esencial de forma pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁷.

En definitiva, puede ser un error condicionar al juez para establecer un régimen determinado de guarda y custodia, siendo más deseable que en atención a los criterios positivizados, las circunstancias concretas de cada familia, y el interés de la persona con discapacidad, pueda tomar una decisión (JORDÁN ALMEIDA, 2020, 10).

Una cuestión de interés es el modo de ejercicio de la asistencia para actuaciones en negocios jurídicos y como operar en caso de no ser posible la actuación conjunta. El Código civil admite de forma expresa la actuación de un progenitor con el consentimiento del otro (art. 156 CC).

Al encontrarse el artículo 156 del Código civil en el Capítulo I (Disposiciones Generales) del Título VII (De las relaciones paternofiliales), debe interpretarse que se aplica a todos los aspectos de la patria potestad y, por tanto, esa actuación individual con consentimiento sería válida tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y en la representación.

Como el ejercicio está atribuido a ambos progenitores, cuando uno actúa individualmente, es necesario el consentimiento del otro, a modo de un apoderamiento, pues sigue siendo tanto titular como ejerciente de la patria potestad (URIBE SORRIBES, 1983, 245), por ello, algunos autores consideran que cuando se autoriza de forma expresa y formal un acto, únicamente aparece como individual de forma conceptual pues práctica y efectivamente se trata de una actuación conjunta (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1984, 729).

En torno al consentimiento es necesario hacer determinadas precisiones sobre los siguientes aspectos:

La primera de ellas acerca de la amplitud del mismo. Es pacífico que el consentimiento puede otorgarse para un acto concreto, pero puede discutirse su

amplitud, pues siendo la patria potestad una institución de orden público irrenunciable e indisponible, no sería posible aceptar consentimientos que implicaran la transferencia, cesión o renuncia de ese derecho-deber.

A pesar del carácter de orden público, la doctrina admite que se permite un cierto grado de autonomía de la voluntad en la regulación del ejercicio de la patria potestad pues, como hemos estudiado, el artículo 156 del Código civil permite los consentimientos, y además de en su último apartado, si los padres viven separados, vincular el ejercicio de la potestad al hecho de la convivencia, que depende de la voluntad de los progenitores, y el artículo 90 del Código civil la posibilidad de establecer disposiciones sobre el ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis.

Incluso puede considerarse que, por la evolución de las familias, con el debilitamiento de vínculos y autoridad, se da un cierto contractualismo, abriéndose al pacto entre progenitores zonas inéditas como el ejercicio de la patria potestad (LACRUZ BERDEJO, 198, 727).

En ese sentido, algunos autores admiten los consentimientos con carácter general entre padres, pero sin que se admita la renuncia o transferencia. Los particulares pueden organizar entre ellos el sistema de ejercicio siempre que al negocio que celebren no se le pueda oponer reparo alguno (DÍEZ PICAZO, 1982, 7).

SEISDEDOS (SEISDEDOS, 1988, 42) considera posible el consentimiento amplio, con fundamento en el tenor literal del artículo 156 del Código civil, sin que se pueda apreciar renuncia a la potestad, pues tanto titularidad como ejercicio siguen siendo conjuntos; el que actúa no lo hace solo, sino en representación de quien consintió; el no actuante no se libera de sus obligaciones ni responsabilidades; y el consentimiento es revocable.

Otro aspecto a tratar es su contenido: para determinar si un progenitor puede autorizar a otro a tomar decisiones en ciertas materias, o si por el contrario han de adoptarse en conjunto y el consentimiento únicamente opera para llevar a cabo esa actuación que se ha adoptado por ambos. El concepto de consentimiento en el artículo 156 Código civil es amplio, por lo que en principio serían posibles ambas opciones, sin que se exigiera consentimiento previo.

La forma que deba adoptar el consentimiento será diferente según el supuesto.

Debería de constar en escritura pública si se otorgara para la realización de algún acto de los incluidos en el artículo 1280 Código civil (a mi juicio ese consentimiento sería inscribible en el Registro Civil), siendo suficiente en el resto de los casos simplemente que constara en documento privado, o incluso que fuera verbal, en atención a que el mandato expreso puede ser de palabra (art. 1710 CC).

En los dos últimos, al igual que si se otorga el consentimiento tácito, el problema será probar su existencia si fuera necesario.

El consentimiento, por su relación con el matrimonio y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1325 del Código civil, podría incluirse en capitulaciones matrimoniales (URIBE SORRIBES, 1983, 254), aunque no sería admisible que se pactara su irrevocabilidad para no contravenir el principio de igualdad de derechos que consagra el artículo 1328 del Código civil.

Si se produjera una actuación de un progenitor sin el consentimiento del otro (fuera de los supuestos de actuación individual que contempla el CC), o no se respetara el contenido del acuerdo alcanzado, cabría la anulación del acto a instancias de aquel cuyo consentimiento se haya omitido, por paralelismo con lo establecido en el artículo 1322 del Código civil.

Aunque el precepto se encuentre en el título III del libro IV, referido al régimen económico matrimonial, en muchas ocasiones, los actos de ejercicio de la

patria potestad implican de forma simultánea actos de administración de bienes comunes de los padres (SEISDEDOS, 1988, 49), por ejemplo, la inscripción de los niños en ciertos centros educativos, actividades extraescolares, etc. y suponen un gasto del haber ganancial, de ahí la aplicabilidad a que hacemos referencia.

VI. DISCAPACIDAD Y ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja se regula en el artículo 96 del Código civil, cuya redacción, a pesar de la litigiosidad que ha suscitado, permanece inalterada desde la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

El tenor del precepto es escueto pues establece que, en defecto de acuerdo, la utilización de la vivienda y sus objetos de uso ordinario corresponden a aquel miembro de la pareja en cuya compañía queden los hijos, resolviendo el juez lo que proceda si unos menores quedan con un padre y otros con el otro. Adviértase que el precepto no realiza mención alguna a la solución cuando se establece la custodia compartida, carencia que ha sido complementada por la jurisprudencia, con atribución del uso a quien ostente el interés más necesitado de protección.

El Tribunal Supremo considera el derecho de uso de la vivienda familiar no como un derecho real, sino como un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde al miembro de la pareja que ostenta la custodia o, en ausencia de hijos, al más necesitado de protección. Pero, patrimonialmente, la atribución de uso de la vivienda a quien no es titular no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro miembro de la pareja. Esta situación contrasta con aquella en que la pareja ocupa la vivienda en precario, pues en este caso la adjudicación del uso a un miembro no puede obtener frente a un tercero una protección mayor a la que ostentaba, y el propietario podría recuperar la vivienda a su voluntad instando el desahucio²⁸.

La condición de precarista de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para ser utilizada por el cesionario y su familia como hogar familiar, una vez rota la convivencia, ha sido pacífica en resoluciones posteriores²⁹.

El Alto Tribunal no se había pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad hasta el dictado de la STS de 19 de enero de 2017. La recurrente solicitaba la atribución del uso de la vivienda familiar de forma indefinida en lugar de por tres años debido a las circunstancias de la hija, mayor de edad, pero dependiente.

La Sala acota el problema en determinar si entre los apoyos a que hace referencia el artículo 12 de la CNY respecto a la persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la norma específica reguladora de la crisis de pareja, pues el artículo 96 del Código civil configura el derecho como medida de protección de menores, sin carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los progenitores, y proporciona seguridad jurídica al vincular el uso a un plazo (la mayoría de edad), que opera como límite.

Así, se sitúan en igualdad ambos miembros de la pareja, y se aplica el tercer párrafo del artículo 96, atribuyendo el uso al más necesitado de protección por un tiempo prudencial.

Prescindir del plazo en el caso de hijos con discapacidad sería conculcar dicho precepto, porque impondría al titular del inmueble una limitación que

vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, al sujetar el cese a la recuperación o la desaparición de la discapacidad.

En este sentido, no se puede equiparar el interés del hijo menor de edad, que tiende a su protección y asistencia de todo orden, con el del hijo mayor con discapacidad, que se dirige a preservar la capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección espacial. La equiparación únicamente ha sido realizada a efecto de alimentos, con el interés de que se superara una situación de precariedad mediante apoyo económico, y con la posibilidad de que los alimentos fueran atendidos directamente por el alimentante en su casa.

La sentencia establece que los hijos menores y mayores con discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores, pero con la mayoría de edad, el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae de forma automática y definitiva, porque una cosa es tratar de proteger al vulnerable, y otra imponer limitaciones al uso de la vivienda en las crisis. Con la mayoría de edad los padres pasan a estar en situación de igualdad respecto a su obligación de prestar alimentos a los hijos que no gocen de independencia (incluida la habitación).

Y concluye apuntando la solución a futuro: finalizada la atribución de uso de la vivienda a esposa e hija, la necesidad de alimentos y vivienda de la hija deberá ser atendida mediante la obligación de alimentos de los progenitores, en función de los recursos de los alimentantes y las necesidades a la alimentista.

El razonamiento se repite en la STS de 8 de marzo de 2017, que concluye: «de la referida doctrina se deduce que la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar».

En el caso enjuiciado en esta última resolución, el padre interpone demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión compensatoria de la madre y pronunciamiento acerca de si la sentencia de divorcio atribuía a la madre el uso de la vivienda de la que él era titular por su condición de militar (vivienda del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa).

La sentencia de primera instancia concluyó que el que la madre viviera con un hijo discapacitado del que se hacía cargo, no la hacía acreedora de continuar en el uso de la vivienda, que dejó de ser familiar tras el divorcio porque los hijos pasaron a vivir con el padre.

La sentencia de apelación confirmó dicho pronunciamiento, al considerar que las medidas acordadas en la separación mantenían su firmeza hasta la finalización del procedimiento, por lo que habrían claudicado cuando se interpuso la demanda de divorcio, años después, por ello, nada amparaba a la madre para seguir usando la vivienda, que en su día fue conferida al esposo por su condición de militar.

La madre fundamentó su recurso de casación en las infracciones de los artículos 106 (por infracción a la norma sobre vigencia de las medidas provisionales) y 96 del Código civil (por no haberse valorado como interés más necesitado el de la madre, que se hacía cargo del hijo discapacitado, y entender que la vivienda seguía siendo familiar), siendo desestimados todos los motivos.

El texto del la Ley 8/2021 introduce modificaciones de calado en el artículo 96 del Código civil³⁰, pero plantea problemas y tiene lagunas que han sido objeto de estudio por la doctrina (MAGARIÑOS BLANCO, 2018, 218).

El tenor de la reforma atribuye («corresponderá») a los hijos menores comunes de edad y al cónyuge en cuya compañía queden el uso de la vivienda familiar y el ajuar, hasta la mayoría de edad. No da margen a valorar situaciones en que pudiera ser aconsejable atribuir el uso al titular, aunque no ostente la guarda

de los hijos, como sí permiten algunos Derechos Forales (art. 81.2³¹ del Código de Derecho Foral de Aragón, o artículo 233-20³² del Libro Segundo del CC de Cataluña), por lo que pueden darse situaciones como la lejanía de la vivienda al colegio de los menores, o a su entorno de familia y amistades. El plazo de la atribución finaliza de forma taxativa con la mayoría de edad, por lo que es posible comprometer el final de la formación de los hijos, toda vez que los grados universitarios suelen finalizarse con 21 años y los estudios de máster con 23 años.

En cuanto a la posibilidad de disponer de la vivienda, se requiere el consentimiento de ambos miembros o autorización judicial, haciéndose constar la restricción en el Registro de la Propiedad. El texto no deja claro si se trata de un derecho de uso inscribible como tal y, por otra parte, en cuanto al consentimiento de ambos para disponer de la vivienda, no tiene sentido exigirlo al titular de la vivienda si el uso se le ha atribuido a él, si no es que se configura como un derecho de los hijos, en cuyo caso no haría falta la prohibición de disponer hacia los padres.

En ese sentido, la RDGRN de 10 de octubre de 2008 se refiere a un supuesto en que, en el convenio regulador aprobado judicialmente, se atribuía a la esposa el pleno dominio de la vivienda familiar; por liquidación de sociedad de gananciales, así como el uso de dicha vivienda a favor de la misma esposa y de los hijos menores. La DGRN confirma la calificación registral que niega la inscripción del uso, argumentando que es al cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios, pero no titulares del derecho. Del mismo modo, siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento.

Sería más lógico su configuración como derecho inscribible con eficacia *erga omnes*, siendo la inscripción obligatoria al afectar a intereses de menores y personas con discapacidad.

Se pierde la oportunidad de regular aspectos sobre los que se guarda silencio a pesar de que han sido litigiosos, como la posibilidad de atribución del uso de segundas residencias (contemplado en el artículo 233-20-6³³ del Libro Segundo del Código civil de Cataluña); la atribución del uso de la vivienda familiar que se ocupa a título de precario, también regulada en la normativa catalana (art. 233-21-2³⁴) en el sentido de finalizar cuando el titular reclama la restitución, adaptándose entonces las prestaciones alimenticias para satisfacer el derecho de habitación; o los gastos de mantenimiento de la vivienda familiar cuando el uso se atribuye al no titular, que pueden entenderse englobados en la prestación alimenticia a favor de los hijos (el Código catalán los atribuye a quien ostenta el uso, incluidos comunidad, suministros, tributos y tasas de devengo anual³⁵).

Una de las alternativas a la atribución de la vivienda familiar al mayor de edad con discapacidad es la denominada compartición asistencial de vivienda, en la que una persona con discapacidad comparte vivienda y rutinas diarias con alguien, denominado cuidador principal, que además de proporcionarle alojamiento y manutención en su hogar, le ofrece su apoyo en cuestiones de trascendencia individual y comunitaria. La institución se articula en un acuerdo contractual supervisado por una entidad especializada de forma que la persona que presta

asistencia percibe una remuneración que puede quedar fiscalmente exenta de tributación.

En España existen programas de ayuda al acogimiento, pero como en muchas otras materias la disparidad, y con ello la desigualdad, es enorme entre comunidades autónomas. En Canadá, origen de la institución, el modelo presupone independencia y ausencia de parentesco entre las partes, lo que no ocurre en España, donde destacan iniciativas como el programa de la Diputación Foral de Guipúzcoa³⁶ que exige que no exista parentesco por consanguinidad o afinidad mayor del segundo grado, o el de la comunidad autónoma de Galicia³⁷ que permite en caso de discapacidad un parentesco por afinidad de hasta el primer grado.

Canadá opta por un modelo más profesional de cuidador, no solo por los requisitos subjetivos que se le exigen y el marco contractual aplicable, sino por la contraprestación económica por la asistencia, que incluye una remuneración y la cobertura de los gastos de la persona con discapacidad, además de la necesidad de estar cubierto por seguros sociales, extremos no contemplados en España (CALDERÓN CORREDOR, 2018, 2074).

A mi juicio, esta figura, además de garantizar la disponibilidad de habitación y de las atenciones que necesita la persona con discapacidad, fomenta su integración en el entramado social, toda vez que hace posible que amplíe su espectro de relaciones más allá del núcleo de la familia biológica.

VII. CONCLUSIONES

I. La curatela, por su contenido de asistencia y supervisión, se ha erigido en la institución que mejor garantiza la libertad de decisión de la persona con discapacidad. Aunque la normativa interna española no está derogada, debe ser interpretada a la luz de la Convención de Nueva York, por ello las sentencias de modificación de la capacidad que se dicten hasta la aprobación de la reforma en materia de discapacidad, deben establecer las medidas de apoyo necesarias para conseguir, en la medida de lo posible, que cada persona ejerza por sí sus derechos, respetando su voluntad y preferencias.

II. El Tribunal Supremo no equipara a efectos de la pensión de alimentos la situación de los hijos mayores de edad con discapacidad a la de los menores de edad, pero la discapacidad es un factor a ponderar al establecer la pensión, afecte a los hijos alimentistas o al padre alimentante.

III. La discapacidad de padres o hijos ha de ser tenida en cuenta para fijar el régimen de guarda y custodia. Se debe preservar el derecho de relación entre padres e hijos, incluso si es necesario con apoyos exteriores como el coordinador de parentalidad, siendo el sistema que más ventajas reporta la guarda y custodia compartidas, aunque deberán valorarse las características de cada grupo familiar para establecer el más idóneo. En situaciones en que la discapacidad de un progenitor puede resultar perjudicial para los menores, puede adoptarse la medida de privación del ejercicio de la patria potestad, no como un castigo, sino como medida de protección.

IV. La jurisprudencia considera que con la mayoría de edad (aún en caso de discapacidad), el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda, decae de forma automática y definitiva, y los padres pasan a estar en situación de igualdad respecto a su obligación de prestar alimentos a los hijos que no gocen de independencia. A pesar de la litigiosidad que origina la atribución de la vivienda familiar, el texto de la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, no aborda cuestiones

como la atribución de segundas residencias, viviendas ocupadas en precario, o la satisfacción de gastos de la vivienda, lo que supone una pérdida de oportunidad para evitar que se solucionen «a golpe de sentencia».

Sería conveniente regular alternativas para la habitación de las personas con discapacidad mayores de edad, como la compartición de vivienda implantada en Canadá, en aras a favorecer su independencia y plena integración según los dictados de la Convención de Nueva York, y evitando a la vez muchos de los problemas que origina la atribución del uso de la que fue vivienda familiar.

V. Siendo las personas con discapacidad merecedoras de una especial protección urge refundir las normas sobre discapacidad dispersas en multitud de textos, y adaptar nuestro Derecho a las normas internacionales. No es la solución que sea el Tribunal Supremo el que en su labor de interpretación y complemento quien lo realice.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 10 de enero de 2017. Kacper Nowakowski contra Polonia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 311/2000, de 18 de diciembre de 2000. BOE número 14 de 16 de enero de 2001.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 763/2004, Sala 1, de 02 de julio de 2004. Id Cendoj 28079110012004100642.
- STS 859/2009, Sala 1, de 14 de enero de 2010. Id Cendoj 28079110012010100216.
- STS 625/2011, Sala 1, de 21 de septiembre de 2011. Id Cendoj 28079119912011100010.
- STS 372/2014, Sala 1, de 7 de julio de 2014. Id Cendoj 28079110012014100300.
- STS 547/2014, Sala 1, de 10 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100500.
- STS 548/2014, Sala 1, de 14 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100465.
- STS 31/2015, Sala 1, de 17 de julio de 2015. Id Cendoj 28079110012015100441.
- STS 31/2017, Sala 1, de 19 de enero de 2017. Id Cendoj 28079119912017100002.
- STS 167/2017, Sala 1, de 8 de marzo de 2017. Id Cendoj 28079110012017100157.
- STS 666/2017, Sala 1, de 13 de diciembre de 2017. Id Cendoj 28079110012017100623.
- STS 28/2018, Sala 1, de 18 de enero de 2018. Id Cendoj 28079110012018100014.
- ATS, Sala 1, de 27 de marzo de 2019. Id Cendoj 28079110012019201396.
- STS 118/2020, Sala 1, de 19 de febrero de 2020. Id Cendoj 28079110012020100099.
- STS 156/2020, Sala 3, de 19 de febrero de 2020. Id Cendoj 28079140012020100145.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Barcelona, sección 12, número 30/2014, de 15 de enero de 2014. Id Cendoj 08019370122014100117.

- AAP A Coruña, sección 6, número 143/2017, de 29 de diciembre de 2017. Id Cendoj 15078370062017200120.
- SAP Córdoba, sección 1, número 61/2018, de 23 de enero de 2018. Id Cendoj 14021370012018100001.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2011). La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 469-664.
- CABELLO DE ALBA JURADO, F. (2015). Discapacidad y filiación, su determinación, crisis matrimoniales y ejercicio de la patria potestad. En: J.M. Fernández Martínez y M.A. Carmona Vergara (dirs.). *Discapacidad e infancia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 35-56.
- CALDERÓN CORREDOR, Z. (2018). El acogimiento familiar de adultos con discapacidad: la experiencia canadiense. Marco jurídico comparado e incentivos fiscales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2061-2081.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2015). Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 355-370.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, B. (2020). Discapacitados, incapaces e incapacitados. Problemas en torno a la nulidad y anulabilidad de sus actos. *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 12, 60-83.
- DÍEZ PICAZO, L. (1982). Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad. *Anuario de Derecho civil*, núm. 35, 1, 3-20.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2017). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, 2471-2510.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 53-81.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 173-197.
- JORDÁN ALMEIDA, S.M. (2020). El tratamiento de la discapacidad en los procedimientos de familia. Especial mención a la custodia compartida. *Cuestiones de interés jurídico IDIBE* [En línea], disponible en <https://idibe.org/wp-content/uploads/2020/06/CIJ-2.pdf>
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho Español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid: Reus.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1982). Un nuevo contractualismo en el derecho familiar. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 727-730.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1984). *Derecho de familia*. Barcelona: Librería Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de familia*, Madrid: Marcial Pons.

- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 199-225.
- MORETÓN SANZ, M.F. (2005). Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 61-118.
- (2007). De la minusvalía a la discapacidad y dependencia: pasarelas y asimilaciones legales. *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 8, 87-108.
- (2009). El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 1, 57-71.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa. *Revista de Derecho privado*, núm. 4, 3-40.
- RODRÍGUEZ DÁVILA, M.D. y SOTO ESTEBAN, R. (2015). El coordinador de parentalidad. Una propuesta desde dentro. *Psicopatología clínica, legal y forense*, núm. 15, 171-187.
- SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988). *La patria potestad dual*. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- URIBE SORRIBES, A. (1983). La representación de los hijos. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 25, 239-278.

NOTAS

¹ GARCÍA NÚÑEZ R., BUSTOS SILVA, G. (2015). Discapacidad y problemática familiar: *Paakat: Revista de tecnología y sociedad* [En línea], núm. 8, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5695433>.

² <https://dej.rae.es/lema/discapacidad>: «situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos».

³ Vid. ROMANACH, J. y LOBATO, M. (2005). Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano [En línea]. Disponible en http://forovalidaindependiente.org/wp-content/uploads/diversidad_funcional.pdf.

⁴ Disponible en https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/

⁵ Resolución 2856, de 20 de diciembre de 1971. Disponible en <https://www.un.org/es/documents/ag/res/26/ares26.htm>

⁶ Resolución 3447, de 9 de diciembre de 1975. Disponible en <https://www.un.org/es/documents/ag/res/30/ares30.htm>

⁷ Aprobada por Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006. Disponible en http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf

⁸ Mensaje leído por el vicesecretario general de la ONU en nombre de Kofi Annan <https://news.un.org/es/story/2006/12/1093621>.

⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE número 96, de 21 de abril de 2008.

¹⁰ Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de enero de 2010.

¹¹ BOE número 299, de 15 de diciembre de 2006.

¹² Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF

¹³ El proyectado artículo 267 establece que «Solo en los casos excepcionales en los que resulta necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella; tanto los actos en que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en los que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa». La exposición de motivos aclara que en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas con alcance general, de manera excepcional y en supuestos graves.

¹⁴ Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175#!tabs-1254736194716.

¹⁵ El fiscal ha de defender los derechos de las personas con discapacidad en virtud de lo establecido en el artículo 3 de su Estatuto Orgánico, en cumplimiento de su misión consagrada en el artículo 124 de la Constitución española. Ostenta legitimación (art. 8.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), para velar por las personas desvalidas, entendiendo por tales las que superan el 33% de grado de discapacidad, a tenor del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁶ AAP A Coruña, sección 6, número 143/2017, de 29 de diciembre de 2017. Id Cendoj 15078370062017200120.

¹⁷ STS 257/2013, Sala 1, de 29 de abril de 2013. Id Cendoj 28079110012013100242.

¹⁸ SAP Palma de Mallorca, sección 4, número 31/2019, de 31 de enero de 2019. Id Cendoj 07040370042019100035.

¹⁹ SAP Barcelona, sección 12, de 20 de diciembre de 2006. Id Cendoj 08019370122006100638.

²⁰ Artículo 92.bis.3: «Deberá prestar especial atención en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia».

²¹ ATSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1, de 2 de octubre de 2017.

²² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.— Disposición adicional sexta. Dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental.— 1. Los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental tienen por objeto primordial averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales. También pueden tener por objeto comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse, y las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores.

²³ SAP Madrid, sección 22, número de recurso 1151/1997, de 16 de octubre de 1998. Id Cendoj 28079370221998100197, donde se priva a la madre de la patria potestad por sus trastornos de personalidad, sin elemento doloso, pero impeditivos para el cumplimiento responsable y en beneficio del hijo de las funciones integradas en la patria potestad.

²⁴ STS 621/2015, Sala 1, de 9 de noviembre de 2015. Id Cendoj 28079110012015100594.

²⁵ STS 183/1998, Sala 1, de 5 de marzo de 1998. Id Cendoj 28079110011998101908. La Sentencia priva al padre de la patria potestad de una menor al quedar demostrado que nunca se ocupó de ella, y se limitó a pagar algunas pensiones de alimentos, llegando a proponer a la madre renunciar a la patria potestad de la niña. Se basa en el informe del equipo psicosocial a favor de la privación de la patria potestad en interés de la menor.

²⁶ El derecho de los menores a ser oídos se regula además de en otros preceptos del Código civil (arts. 154 y 158 CC en el Título dedicado a las relaciones paternofiliales), en normas de carácter internacional como el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, y otorga a los menores el derecho a ser oídos en procesos judiciales que les afecten y a solicitar un representante en los conflictos de intereses con sus representantes legales y, sin carácter vinculante, permite reconocer al menor el ejercicio por sí mismo de algunas acciones (fue incorporado al Derecho español mediante Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. BOE número 45, de 21 de febrero de 2015), o el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 83/389, de 30 de marzo de 2010), que garantiza que los menores puedan expresar su opinión libremente, y sea tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez.

²⁷ Por todas, por el elenco de normas que cita, la STS 413/2014, Sala 1, de 20 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100524.

²⁸ STS 859/2009, Sala 1, de 14 de enero de 2010. Id Cendoj 28079110012010100216.

²⁹ STS 548/2014, Sala 1, de 14 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100465.

³⁰ *Artículo 96*: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el título VI de este libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

³¹ *Artículo 81.2*. «Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor».

³² *Artículo 233-20*. «Apartado 2: Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.— Apartado 4: Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

³³ *Artículo 233-20-6*: «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos».

³⁴ *Artículo 233-21-2*: «Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias».

³⁵ Artículo 233-23: «*Obligaciones por razón de la vivienda*.— 1. En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.— 2. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos».

³⁶ Decreto Foral 89/2008, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Programa de Acogimiento Familiar de personas en situación de dependencia y las ayudas económicas necesarias para su desarrollo. Boletín Oficial de Guipúzcoa número 251, de 31 de diciembre de 2008.

³⁷ Decreto 318/2003, de 26 de junio, por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores y personas con discapacidad. Diario Oficial de Galicia número 145, de 29 de julio de 2003.