

SUMARIO:

Derecho a la tutela judicial efectiva. Deber de motivación reforzada. Derecho a la protección familiar Extinción por resolución judicial del derecho de uso de las hijas sobre la vivienda familiar por haber alcanzado la mayoría de edad.

El **objeto nuclear de este recurso de amparo** se centra en determinar si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, desde la perspectiva del **deber de motivación reforzada** por su afectación al derecho a la protección familiar, la decisión judicial de declarar extinguido el derecho de uso de sus hijas sobre la vivienda familiar por haber alcanzado la mayoría de edad.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los órganos judiciales una **resolución motivada**, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Esta obligación deriva del art. 24.1 CE, con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos y como garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad. Esto implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho, lo que determina que no baste una mera declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad o de un error patente. Esta motivación aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, lo que implica la obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que «no se cumplen las circunstancias» que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues **las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente**.

En concreto, respecto del deber de motivación judicial reforzado, en lo que se refiere a los supuestos en los que se invoca la afectación a la **protección social, económica y jurídica de la familia e integral de los hijos** hemos de aplicar el mismo canon que se ha impuesto cuando se trata de menores, pues se trata de un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de cuantas medidas sean adecuadas para cumplir eficazmente el mandato contenido en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales. Y si bien es cierto que la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior de la familia corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, no lo es menos que es de nuestra incumbencia examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a la misma, está sustentada en su mayor protección y así comprobar que no se han lesionado derechos fundamentales de quienes la componen.

Pues bien, siguiendo la doctrina de este tribunal en orden a la existencia de un canon reforzado de motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la familia, como de hecho ocurre cuando se deben tomar medidas relativas a los derechos individuales de cada uno de los componentes, tales como el **uso de la vivienda habitual**, determina que una resolución fundada en Derecho relativa a su modificación requiere que el fundamento de la decisión no solo constituya una aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción esté presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales, por la expresión de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución familiar.

Ello se traduce en que **no es aceptable una resolución judicial de carácter meramente discrecional**, sino que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales de cada uno de los miembros que componen el núcleo familiar y de las necesidades de la propia familia consideradas en sí mismas, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución. En particular, **las decisiones sobre adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos**, que es lo que motivó la constitución legal de tal derecho a su favor, **deben inspirarse en el interés más digno de protección, para lo que juega un papel indispensable la capacidad económica de las personas concernidas con la decisión**.

PRECEPTOS:

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 6.
Constitución Española, arts. 24.2, 39, 117.3 y 120.3.
Código Civil, arts. 96, 142 y ss.
Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), art. 44 a).
Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 77 y 219.9.
Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 257, 258 y 305.
Ley 1/2000 (LEC), arts. 285.2, 460.2.1 y 775.

PONENTE:

Don César Tolosa Tribiño.

ECLI:ES:TC:2023:12

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 163-2020, promovido por doña María Paz Iglesias Casarrubios, representada por la procuradora de los tribunales doña Isabel Rufo Chocano y bajo la dirección del letrado don Antonio Cuerda Riezu, contra el auto de 20 de noviembre de 2019, dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por el que se inadmiten el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de abril de 2019, en el rollo de apelación 512-2018, dimanante del juicio de modificación de medidas núm. 84-2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Se ha personado don Juan Cantalapiedra Fuchs. Ha sido ponente el magistrado don César Tolosa Tribiño.

I. Antecedentes

1. El 9 de enero de 2020, doña María Paz Iglesias Casarrubios, representada por la procuradora de los tribunales doña Isabel Rufo Chocano y bajo la dirección del letrado don Antonio Cuerda Riezu, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones mencionadas en el encabezamiento de esta sentencia.

2. Los hechos relevantes para resolver el presente recurso de amparo son los siguientes:

A) Previamente al procedimiento de modificación de medidas núm. 84-2017 del que trae causa la presente demanda de amparo, se siguió un procedimiento de divorcio entre la recurrente y su exmarido cuyos hitos procesales más destacados son:

a) Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, de 17 de septiembre de 2007, se declaró extinguido por divorcio el matrimonio de la recurrente y don Juan Gunther Cantalapiedra, atribuyéndose el uso y disfrute de la vivienda familiar –propiedad del marido– a las hijas comunes y a su madre, al obtener esta la custodia en exclusiva de las entonces hijas menores. Por lo demás, el órgano judicial, teniendo en cuenta el informe pericial emitido por el gabinete psicosocial adscrito al Juzgado, que aconsejaba el restablecimiento de un régimen de visitas de las menores con su padre, lo acordó limitándolo en un punto de encuentro.

b) La anterior sentencia fue recurrida en apelación por doña María Paz Iglesias Casarrubios, denunciando, entre otras cosas, que sus hijas menores no habían sido oídas por el órgano judicial antes de adoptar su decisión.

c) La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, en fecha de 30 de septiembre de 2010, por la que, desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirmó en su integridad la sentencia recurrida, al considerar adecuada la ponderación efectuada por el juez *a quo* y suficiente y correcta la valoración de la prueba practicada.

d) Contra la anterior resolución, la recurrente interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, aduciendo, entre otros motivos, incongruencia omisiva de la sentencia de apelación, por cuanto no se pronunciaba sobre la exigencia de la audiencia de las menores. Por auto de 12 de noviembre de 2010, la Audiencia acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal, por no haberse formulado al mismo tiempo, el preceptivo

recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final decimosexta de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

e) Frente a tal decisión, la actora formuló recurso de amparo –registrado con el núm. 8950-2010–, alegando la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el de sus hijas (art. 24.1 CE), al considerar manifiestamente irrazonables las resoluciones recaídas en ambas instancias, por no haber valorado debidamente los documentos y testimonios aportados (art. 24.2 CE) que desaconsejaban las comunicaciones entre el padre y las hijas, y por no haber sido oída en el proceso, como era preceptivo, al menos, la mayor de sus hijas. El citado recurso de amparo no fue admitido a trámite por providencia de este tribunal de 19 de octubre de 2011, al entender que el asunto suscitado carecía de la necesaria especial trascendencia constitucional.

f) La recurrente presentó demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en sentencia de 11 de octubre de 2016 (asunto «Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España»), declaró la violación del art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) al no haber sido oída en los autos la hija menor que entonces tenía más de doce años, ni haberse motivado razonadamente el rechazo de las pretensiones de las menores de ser oídas respecto al régimen de visitas que debía establecerse a favor de su padre.

B) Los autos de los que trae causa la presente demanda de amparo son los relativos a la modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio, concretamente las relativas al uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos a favor de las hijas ya mayores de edad.

a) Don Juan Gunther Cantalapiedra, exmarido de la recurrente en amparo, formuló frente a esta, demanda sobre modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio de 17 de septiembre de 2008, solicitando la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, privativa del actor, atribuido a la demandada y a las hijas comunes en la expresada sentencia, con requerimiento de que procedieran a su desalojo. Igualmente pedía la extinción de la pensión alimenticia por adquisición de la mayoría de edad de las hijas comunes.

b) La parte demandada se opuso a la demanda, en cuanto al uso de la vivienda, alegando que era el suyo el interés más necesitado de protección, al ser deseo de las hijas seguir viviendo con su madre y no gozar de otra vivienda. Por lo que se refiere a la pensión de alimentos, se aducía que la hija más pequeña, aunque mayor de edad, seguía cursando estudios superiores y carecía de ingresos.

c) La demanda dio lugar a los autos núm. 84-2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, girando la controversia, en torno a si la forma de protección prevista en el art. 96 del Código civil (CC), que atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y de forma refleja al cónyuge en cuya compañía se queden, se extiende también al hijo mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar. Según consta en autos, la demandada vivía en un inmueble privativo del exmarido, no solo con las hijas habidas del matrimonio con el demandante, sino también con su nuevo cónyuge y con la hija común de ambos.

d) Por sentencia de 19 de septiembre de 2017, el juzgado estimó parcialmente la demanda. Para alcanzar este fallo, aplicando la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, partió de que el alimentista mayor de edad –cuyo derecho se regula en los arts. 142 y ss. CC– no tiene derecho a obtener parte de los alimentos mediante la atribución de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no hubiera elegido convivir. Entendió la Sala que la atribución del uso de la vivienda debía hacerse al margen de los alimentos que recibiera el hijo mayor de edad, conforme al art. 96 CC, correspondiendo al cónyuge no titular siempre que «atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable, y su interés fuera el más necesitado de protección». Y a este respecto, había de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el citado precepto, la convivencia de la madre con sus hijas mayores constituye un interés digno de protección. En el caso de autos, las hijas mayores de edad vivían con la madre en la vivienda familiar. Pues bien, a la vista de las pruebas practicadas, el juzgador de instancia sostuvo que no podía considerarse que la demandada representase, a efectos de la atribución del uso de la vivienda, el interés familiar más necesitado de protección, puesto que tenía mayor capacidad económica que su exmarido y, por consiguiente, posibilidades de disfrute de otra vivienda. Por ello, declaró extinguido el derecho de uso sobre la vivienda familiar, requiriendo a la demandada para que en el plazo de un mes procedieran a desalojar la vivienda. Por el contrario, se desestimó la petición de extinción de la pensión alimenticia a favor de una de las hijas comunes, pues aun siendo mayor de edad, estaba acreditado que carecía de independencia económica y estaba cursando estudios superiores.

Hay que precisar que la recurrente en amparo había solicitado, en su escrito de conclusiones, la nulidad de las actuaciones, porque había observado que en la grabación del acto de la vista no aparecían los primeros veinte minutos, iniciándose aquella con la práctica de la prueba propuesta y admitida. No obstante, el órgano judicial descartó la nulidad, al no causar dicha falta, debida a causas técnicas, indefensión alguna a las partes, dado que el contenido de la vista se encontraba también en soporte papel, recogiéndose íntegramente lo acaecido.

También la parte demandada había reprochado en su escrito de conclusiones la falta de imparcialidad del órgano judicial (y «avasallamiento de la letrada de esa parte»), debido, según expuso, a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había estimado la reclamación de la demandada en los previos autos a los que ya se ha hecho referencia. Pues bien, a este respecto, se señala que, aparte de no hacerse valer tal queja a través del oportuno incidente de recusación, era evidente que tal circunstancia no suponía, por sí misma, la pérdida de la imparcialidad

judicial, ya que de ser así todos los jueces la perderían frente a cualquiera de las partes del proceso cuando sus resoluciones fueran revocadas total o parcialmente por un tribunal superior. Finalmente, se advertía que la parte no debía confundir con animadversión lo que no eran más que decisiones adoptadas por el juez en el ejercicio de sus funciones.

e) Frente a la anterior sentencia, la recurrente interpuso recurso de apelación en el que instó la nulidad de lo actuado, por cuanto la grabación de la vista, realizada en la instancia, era incompleta; y, en cuanto al fondo, solicitaba la revocación de la sentencia de instancia y que se declarase el derecho de la actora y sus hijas al uso de la vivienda familiar.

Asimismo, se solicitaba el recibimiento del pleito a prueba y la suspensión de la ejecución de la sentencia apelada. Tales solicitudes fueron inadmitidas mediante auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de abril de 2018. Para la Sala, «[l]a postulada suspensión de la efectividad del fallo de la sentencia apelada no tiene encaje en el presente cauce procesal, debiendo, en su caso, reconducirse al procedimiento de ejecución, en los términos prevenidos en el art. 567 LEC». Añadía que «la prueba propuesta en el escrito evacuando el trámite del art. 458 de la Ley de enjuiciamiento civil o no reúne, en su mayor parte, los requisitos al efectos exigidos en el artículo 460.2.1, del mismo texto legal, al no haberse formulado recurso de reposición contra el criterio denegatorio adoptado por el Juzgado *a quo*, o se revela toda ella inocua en orden a la adecuada, en cuanto ajustada a la normativa vigente y su jurisprudencia interpretadora, resolución de fondo de la problemática suscitada, lo que determina el rechazo de la pretensión al efecto deducida».

f) La parte apelante formuló recusación con motivo de dicho auto, al considerar que predeterminaba el fallo de la sentencia que resolviese el recurso de apelación, anticipaba su sentido desestimatorio y demostraba su falta de imparcialidad. Se recordaba que esa misma Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid intervino en el anterior proceso de divorcio de la apelante, y que, en el marco de esos autos, se dictó sentencia de 30 de septiembre de 2010, que confirmó la resolución de instancia, sin pronunciarse sobre la falta del trámite de audiencia de las hijas de la apelante por el juez y por los miembros del equipo psicosocial. Y que, contra tal decisión, se interpuso demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que por sentencia de 11 de octubre de 2016 (asunto «Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España»), condenó a España por vulneración del art. 6.1 CEDH, por la privación indebida a las hijas de su derecho a ser oídas. Señalaba que tal circunstancia «podría haber molestado en su fuero interno a los titulares del órgano judicial», comprometiendo su imparcialidad.

g) El incidente de recusación fue desestimado por auto de la Sala de recusaciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha de 3 de julio de 2018, al considerarse que la recusación formulada adolecía del más elemental fundamento, ya que la Sala recusada no había conocido de la pretensión en un anterior litigio, al margen de que, en contra de lo señalado por la parte, lo que la resolución había apreciado era que la prueba resultaba innecesaria para resolver la controversia.

h) El recurso de apelación fue desestimado por sentencia de 2 de abril de 2019. Así, en primer lugar, la Audiencia Provincial rechazó la nulidad pretendida por la incompleta grabación de la vista oral, al no apreciarse indefinición material, dado que se había levantado acta detallada de lo acontecido. En cualquier caso, se subrayaba que ninguna de las partes había formulado objeción respecto de dicha incidencia, suscribiendo el acta sin ninguna reserva, resultando extemporánea la queja. En cuanto a la denegación de medios de prueba, consideró que fue conforme al art. 458 LEC, aparte de que resultaba inocua para la resolución de la controversia. Finalmente, respecto a la cuestión de fondo, relativa al derecho de uso de la vivienda familiar, la sentencia recordaba que se trata de un derecho temporal (hasta la mayoría de edad legal de los hijos), que solo se mantiene en caso de que exista un interés prioritario de protección del cónyuge, lo que, en el caso de autos, no concurre. Se subraya que el inmueble pertenece de forma privativa al actor, quien se vio privado de su disponibilidad para proteger el interés de sus hijas menores durante diecisiete años, pero una vez que adquirieron la mayoría de edad, debía recuperar sus facultades dominicales.

i) Frente a la anterior sentencia, la recurrente formuló recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, alegando la oposición de las sentencias recurridas a la jurisprudencia sobre los criterios a tener en cuenta para atribuir el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad, insistiendo en que se había dejado sin alimentos a las hijas mayores de edad en tanto que la habitación era una forma de percibirlos y que, conforme a la jurisprudencia, la atribución del uso debía hacerse al que representa el interés más digno de protección. En el recurso extraordinario por infracción procesal, se denunció la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (por la incompleta grabación del juicio); del derecho al juez predeterminado por la ley (al haberse desestimado el incidente de recusación); además de incongruencia omisiva y vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba.

j) Los recursos fueron inadmitidos en virtud de auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2019. Se apreció que el recurso de casación incurría en carencia manifiesta de fundamento, por alteración de la base fáctica y eludir la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, esto es, que la recurrente había contraído nuevo matrimonio y residía en la vivienda de su exmarido con su nuevo esposo y la hija común nacida de ambos, y que tenía disponibilidad de otra vivienda y mejor capacidad económica que el exesposo, titular del inmueble controvertido. La Sala de lo Civil rechazó también la solicitud de la parte de que se elevase cuestión de

inconstitucionalidad ante este Tribunal sobre la disposición final decimosexta, apartado primero, regla quinta LEC, al no concurrir los presupuestos legales precisos para ello. Este último recurso fue también inadmitido como consecuencia de la inadmisión del recurso de casación.

3. La demandante de amparo atribuye a las resoluciones impugnadas distintas vulneraciones de derechos fundamentales. A saber:

(i) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por la falta de grabación de parte del juicio, defecto que no fue subsanado por la Audiencia Provincial, ni por el Tribunal Supremo. En tal sentido, se insiste en que la existencia de una videograbación parcial, y de un acta en papel, resulta prohibida por el art. 147 LEC.

(ii) Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), por haber sido desestimado el incidente de recusación contra los magistrados de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid. Se afirma que la citada sección tenía un prejuicio frente a la parte que le impedía resolver con imparcialidad el recurso de apelación, y que tal prejuicio podría estar basado en la formulación de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se estimó, apreciándose la vulneración del art. 6.1 CEDH por la falta de audiencia de sus hijas en el anterior proceso de divorcio. Indica la recurrente que la Sala, en el auto que inadmitió la prueba propuesta, alabó la sentencia de instancia, perdiendo su imparcialidad. A ello se une, además, la relación maestro-discípulo que han reconocido públicamente los magistrados señor Hijas (magistrado de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid) y señor González (juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid).

(iii) Incongruencia omisiva (art. 24.1 CE), que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en la dimensión que exige la motivación de las resoluciones judiciales. En este sentido, se señala que la sentencia de apelación no da contestación a tres motivos del recurso: a) con relación al error en la apreciación de la prueba, al afirmar que el actual esposo de la recurrente vive con ella en el piso en cuestión; que el apelado paga 650 euros por un piso en alquiler, pues vive con su esposa y tiene separación de bienes, por lo que ha de pagar la mitad, y que no consta si la madre de la recurrente podría acogerlas en su casa; b) con referencia a la incongruencia de la sentencia de instancia con el *petitum* de la demanda, en la medida en que se estaría imponiendo la obligación de alimentos de las hijas a terceras personas (abuela y nuevo esposo de la madre); y c) con relación al planteamiento de cuestión prejudicial penal por alzamiento de bienes y posible delito fiscal del actor.

(iv) Vulneración del derecho a la prueba (art. 24.2 CE). Se indica que se solicitó testifical de las hijas y que se libró oficio a la Agencia Tributaria para que aportase información sobre el impuesto de sociedades del actor. Ambos medios de prueba fueron solicitados en el escrito de contestación a la demanda y no figuran en el acta ni como admitidos, ni como inadmitidos. Recuerda que, precisamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España porque ese mismo órgano judicial no dio audiencia a las hijas en el proceso de divorcio, y que ahora, en el de modificación de medidas, de nuevo rechaza su testimonio, con el irrazonable argumento de que el lanzamiento de la vivienda en la que habitan no es algo que les afecte. Se indica que se repite la irregularidad, en este caso siendo las hijas ya adultas, aclarándose que con su testimonio se pretendía demostrar que carecían de otra vivienda y que en cuanto estudiantes y dependientes económicamente, tenían derecho a la prestación del deber de alimentos en la modalidad de vivienda. También se queja de que rechazara su solicitud de aportación de determinada documentación por parte del actor.

(v) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, por no respetarse la ley aplicable, ni la jurisprudencia sobre el uso de vivienda familiar por el cónyuge no titular de la misma en caso de mayoría de edad de los hijos. Se insiste en que el padre tiene obligación de alimentos respecto a las hijas, al ser dependientes, y que la necesidad de vivienda ha de incluirse en tal obligación. Se subraya que, además, el padre no ha ocupado la vivienda recuperada, por lo que está claro que no la necesita. Y que, con las resoluciones judiciales impugnadas se hace recaer la obligación de alimentos en forma de vivienda sobre la abuela materna o bien sobre el nuevo marido de la recurrente, cuando ninguno ha sido parte en el procedimiento. En suma, se considera que el cónyuge «más necesitado de protección», aunque no sea el titular de la vivienda, es la recurrente en amparo, y que debe asignársele el uso de la vivienda, hasta que sus dos hijas adquieran independencia económica, o bien se sustituya por una cantidad mensual con el fin de proporcionarles una vivienda en concepto de alimentos.

Cabe destacar que en la demanda de amparo se solicita que, en la hipótesis de que se otorgue el amparo, se eleve la cuestión interna al Pleno de este tribunal respecto a la posible inconstitucionalidad de la disposición final decimosexta, apartado primero, regla quinta, párrafos primero y segundo, LEC, por contradecir lo dispuesto en el art. 53.2 CE (así como en los arts. 6.1 CEDH y 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea).

4. Mediante providencia de 17 de septiembre de 2020, la Sección Tercera de este tribunal acordó admitir a trámite el recurso, apreciando que reviste especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (LOTIC)], porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2 b)]. Acordó igualmente dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a la Sección Vigésimosegunda de la

Audiencia Provincial de Madrid, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación e infracción procesal núm. 2768-19, y al rollo de apelación núm. 512-2018, respectivamente; así como al Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, a fin de que, en el mismo plazo, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los autos de familia (modificación de medidas) núm. 84-17; debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo deseaban, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Mediante diligencia de ordenación de 16 de noviembre de 2020, el secretario de justicia de la Sala Segunda de este tribunal acordó tener por personada y parte en el procedimiento a la procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de don Juan Cantalapiedra Fuchs, acordándose entender con él las sucesivas actuaciones, así como dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

6. Con fecha de 17 de diciembre de 2020, la representación procesal de doña María Paz Iglesias Casarrubios presentó escrito de alegaciones, ratificándose íntegramente en la demanda y haciendo hincapié en el acoso judicial que denuncia padecer por parte de su excónyuge a lo largo del tiempo.

7. El día 22 de diciembre de 2020, la representación de don Juan Cantalapiedra Fuchs, presentó escrito de alegaciones.

Tras comenzar subrayando lo que considera una actitud contraria a la buena fe en la demandante de amparo, adoptada desde el inicio del proceso de la ruptura matrimonial, rechaza, en primer término, la existencia de una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la falta de grabación de parte del juicio (art. 24.2 CE), por cuanto la letrada de la administración de justicia levantó acta, detallando prolijamente lo ocurrido en los primeros veinte minutos de la vista, en los que las partes se ratificaron en sus escritos rectores y propusieron la prueba que consideraron pertinente, constando en los recursos interpuestos contra aquella que no fue admitida por el juzgado y recogándose expresamente que «se procede a los interrogatorios, que quedarán grabados en su integridad, comenzando en el minuto 0:20 de la grabación». En consecuencia, no solo no existió indefensión material provocada por el defecto de grabación, sino que, además, sus peticiones resultaban completamente extemporáneas e infundadas, habida cuenta de que la dirección letrada de doña María Paz suscribió el acta levantada por la letrada de la administración de justicia, mostrando su plena conformidad con lo efectuado en el acto del juicio oral.

En segundo lugar, respecto a la pretendida vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (arts. 24.2 y 117.3 CE), por haber sido desestimado el incidente de recusación contra los magistrados de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, entiende que el argumento del previo conocimiento por la misma sala del precedente procedimiento de divorcio es inconsistente, pues nada tiene que ver el objeto debatido en uno y otro. Por lo demás, a juicio de don Juan Cantalapiedra Fuchs, igualmente peca de inconsistente el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara a España por haber vulnerado el derecho de las menores a ser oídas en el anterior procedimiento, pues de ser así, dicha situación equivaldría a confirmar que ninguna resolución podría ser revocada en instancias superiores.

Por lo que se refiere a una posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva (art. 24.1 CE), al no haber planteado cuestión prejudicial, destaca que tal solicitud no fue introducida por la demandante de amparo en el suplico de su recurso de apelación, lo que determina la imposibilidad de ser valorada ahora en amparo. En todo caso, señala que es jurisprudencia asentada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la de que, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarles el uso de la vivienda. En este sentido, entiende que es cuanto menos atrevido insinuar que la extinción del derecho de uso sobre la vivienda en cuestión no estuvo suficientemente motivado y fundamentado, del mismo modo que lo es entender que con este pronunciamiento la obligación de prestación de alimentos fue impuesta al actual esposo de la demandante al verse obligados a abandonar el domicilio familiar, de propiedad exclusiva del excónyuge.

Por último, hace referencia a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a utilizar todos los medios de prueba, recordando, en primer lugar, que el órgano judicial sí dio contestación a la solicitud de libramiento a la Agencia Tributaria para la aportación de las declaraciones del impuesto de sociedades de los años 2013, 2014 y 2015, respuesta que la demandante dejó firme, puesto que pudiendo hacerlo, no la recurrió en reposición. Lo mismo debe decirse de la inadmisión de la prueba testifical de las hijas mayores de edad y de la solicitud de aportación del libro de socios de la empresa Ibérica de Transportados Metálicos, S.L.U., que no fue recurrida en el momento procesal oportuno.

Finaliza el señor Cantalapiedra advirtiendo de la falta de necesidad de planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad sobre la disposición final decimosexta, apartado primero, regla quinta LEC, en cuanto impone, sin ninguna excepción, la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal si es inadmitido el recurso de casación. A su juicio, lo que realmente pretende la parte contraria es eludir el cauce procedimental adecuado dispuesto en la propia disposición legal. Sea como fuere, lo único cierto es que, en el presente supuesto, no solo es que no exista una especial transcendencia constitucional de los derechos supuestamente vulnerados,

sino que ni siquiera existe dicha vulneración. Por las razones expuestas, solicita la desestimación íntegra del recurso de amparo.

8. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones ante este tribunal el día 11 de enero de 2021, solicitando el otorgamiento del amparo y advirtiendo, en primer lugar, que aunque formalmente la demanda de amparo se dirige contra el auto del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2019, por el que se inadmiten a trámite los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal, no le atribuye vulneración alguna, siendo todas las aducidas imputadas a las sentencias de primera y segunda instancia y al auto del Tribunal Superior de Justicia que desestimó la recusación de los tres magistrados de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid. Además, señala que para el caso de que se entendiera que alguna de aquellas afecta a la resolución del Tribunal Supremo, no se denunció por medio del oportuno incidente de nulidad, por lo que no se habría agotado adecuadamente la vía judicial previa, óbice que impediría su valoración [art. 44 a) LOTC].

La fiscal comienza su análisis de fondo por la invocación del derecho a la imparcialidad judicial por afectar a la constitucionalidad de la propia conformación del órgano judicial (STC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 2), siguiendo, según el orden del alcance de la retroacción, por las invocaciones de los derechos a la prueba (art. 24.2 CE), y a una resolución suficientemente motivada y fundada en Derecho.

Así, respecto a la supuesta vulneración del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), tras repasar la doctrina de este tribunal y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Ministerio Fiscal sostiene que (i) procede descartar, como indicio de ausencia de imparcialidad, las palabras pronunciadas por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, en el acto de homenaje al señor Hijas con motivo de su jubilación, al referirse a él como maestro, pues las mismas no tienen más relevancia que la que se deriva del propio acto de reconocimiento a la trayectoria del magistrado jubilado, sin que ello pueda acreditar una relación distinta que la de compañeros de profesión, que pudiera determinar mínimamente una predisposición o posicionamiento contrarios al principio de imparcialidad; (ii) por otro lado, la frase contenida en el auto de 18 de abril de 2018 por el que se inadmiten las pruebas propuestas por la demandante, debe leerse en el sentido de que la petición resultaba inadmisibles por no haber recurrido su denegación en la instancia y, en todo caso, la prueba era intrascendente o irrelevante para resolver adecuadamente el fondo del asunto suscitado; (iii) en el anterior procedimiento seguido ante ese mismo órgano judicial, la condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el asunto «Iglesias Casarrubios c. España», lo fue porque el magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia decidió no oír a las hijas menores de la demandante y, en consecuencia, solo indirectamente porque la sentencia de apelación no corrigió aquella omisión. Por ello, el hecho de que ahora la demandada solo haya solicitado la recusación de los magistrados de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid y no así del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, es un indicio revelador de que el alegato de parcialidad carece de sustento objetivo y lógico; (iv) de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 3 de febrero de 2005, § 30, asunto «Fehr c. Austria»; sentencia de 26 de septiembre de 1995, § 38; asunto «Diennet c. Francia»; sentencia de 16 de julio de 1971, § 97, asunto «Ringeisen c. Austria»; sentencia de 10 de junio de 1996, § 63, asunto «Thomann c. Suiza»); la del Tribunal Constitucional (STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2) y lo dispuesto en el art. 775 LEC, no se puede concluir que exista causa objetiva de imparcialidad por el hecho de que el mismo juzgado y la misma sección de la Audiencia Provincial hayan conocido del procedimiento de divorcio y después del de modificación de medidas en sus diferentes fases.

Tampoco, el hecho de que la demandante solicitara el amparo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que este reconociera la vulneración aducida por no haberse dado audiencia a las hijas, entonces menores de edad, no puede erigirse sin más en hecho generador de dudas sobre su imparcialidad, pues para que, en garantía de la imparcialidad, un juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico [STC 66/2001 de 17 de marzo, FJ 2 a)]. En este caso, la demandante alude a la sospecha de que la inadmisión de la prueba «podría deberse a la molestia que pueda haber producido en los magistrados» aquella sentencia del Tribunal de Estrasburgo; lo que, a juicio de la fiscal, es una mera sospecha carente de cualquier justificación objetiva, por lo que la vulneración alegada deba ser desestimada.

A continuación, el Ministerio Fiscal analiza la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la falta de grabación de los veinte primeros minutos de la vista oral (art. 24.2 CE).

Tras recoger las normas de la Ley de enjuiciamiento civil relativas a las grabaciones de las actuaciones orales y la doctrina constitucional dictada en supuestos como este (entre otras, en la STC 55/2015, FJ 2), el ministerio público concluye que si bien efectivamente existe un vacío en la grabación que suscita dudas sobre lo acontecido durante esos primeros veinte minutos de la vista y el acta levantada por la letrada de la administración de justicia no permite conocer con claridad cuáles fueron realmente los medios de prueba propuestos por la demandante de amparo, cuáles fueron admitidos o denegados, ni los motivos en su caso que llevaron al juzgado a pronunciarse en uno o en otro sentido, no se ha producido ninguna indefensión a la demandante (art. 24.1 CE), pues al aquietarse ante esas decisiones, asiste la razón a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial

de Madrid, al inadmitir la prueba propuesta en la segunda instancia, pues en primera instancia su inadmisión fue aceptada sin objeción.

En cuanto a la prueba admitida y no practicada, la protesta fue inadmitida por la Sección Vigésimosegunda con una motivación escueta pero suficiente, al encontrarla inocua para la resolución del recurso y, por ello, se informa a favor de su desestimación.

Seguidamente, se valora la alegada vulneración de derecho a la utilización de los medios de prueba y al rechazo a la práctica de la prueba testifical de las hijas mayores, el Ministerio Fiscal subraya que, dado que la demandante de amparo no recurrió la decisión de inadmisión del órgano judicial de instancia, le asiste la razón a la Audiencia Provincial al inadmitir la prueba en la segunda. En cualquier caso, señala que la prueba devendría absolutamente innecesaria, puesto que las hijas son mayores de edad y su testimonio estaría referido a la convivencia en el domicilio familiar junto a la madre y a su dependencia económica y a la nula relación con el padre, cuestiones todas ellas aceptadas por ambas partes.

A continuación se analiza la alegada incongruencia omisiva, en la que habría incurrido la sentencia dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, al no haber ofrecido respuesta a los motivos del recurso de apelación relativos al error en la apreciación de la prueba y a su solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial penal, por los posibles delitos de alzamiento de bienes y delito fiscal del excónyuge, concluyendo que de manera global se dio respuesta a la primera de las alegaciones e implícitamente a la segunda, al manifestar que se compartía el criterio del juzgado, por lo que esa motivación ha de considerarse suficiente y racional y desestimarse la vulneración.

El Ministerio Fiscal finaliza sus alegaciones valorando la queja relativa al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, en cuanto los órganos judiciales no habrían respetado la ley aplicable (arts. 142, 143 y 96, párrafo tercero, CC) ni la jurisprudencia que la interpreta (STS 527/2017, de 27 de septiembre, FJ 3).

A su juicio, atendiendo a la doctrina constitucional sobre el deber de motivación (art. 24.1 CE), la fundamentación de la sentencia de instancia debe considerarse irracional pues, entra a valorar la disponibilidad que pueda tener el actual esposo de la demandante de otra vivienda no solo para residir con su actual esposa, sino para acoger también a las hijas de esta respecto de quienes no tiene ninguna obligación legal, e incluso elucubra sobre la posibilidad de que estas sean acogidas por la abuela materna, obviando las obligaciones que por el vínculo filial siguen afectando al padre y a la madre.

Tampoco los fundamentos de la resolución de la apelación, recogidos en el FJ 5, son racionales por los siguientes motivos: (i) en los párrafos 1 y 2 del art. 96 CC se impone la atribución de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario «a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», sin mencionar si estos son mayores o menores de edad; y en el párrafo 3 se regula la posible atribución de la vivienda a uno de los cónyuges «[n]o habiendo hijos», lo que implica que no haya hijos en el hogar familiar. La expresión «en cuya compañía queden» que utiliza el primer párrafo del art. 96 CC no excluye a los hijos mayores de edad que conviven con uno de los progenitores, idea que se refuerza si se atiende a la realidad social del tiempo en que se ha de aplicar la norma, en la que los hijos e hijas, alcanzada la mayor edad, no han concluido ni su formación académica ni profesional y los padres continúan con el deber de crianza y educación respecto de aquellos. En consecuencia, la mayoría de edad no determina necesariamente la modificación de la adjudicación del uso del domicilio. Sin embargo, con la interpretación que en este caso han hecho los órganos judiciales, se llega a la conclusión de que el art. 96.1 CC solo puede regir para aquellos casos en los que los hijos son menores de edad y que cuando alcanzan los dieciocho años, ya no tienen derecho a la atribución del uso de la vivienda familiar, aunque su situación sea igual que el día anterior a cumplir esa edad. Tal conclusión no solo es contraria a la letra de la ley y al contexto normativo, sino que, además, desconoce la realidad, dejando a los jóvenes en una situación de vulnerabilidad inasumible y contraria a los principios de protección de la familia recogidos en el art. 39 CE; (ii) La aplicación del art. 96.3 CC, en el caso de que fuera esta la norma correcta, obliga a ponderar cuál sea el interés más necesitado de protección, lo que se ha obviado en las resoluciones impugnadas; (iii) No se ha tenido en cuenta la realidad indiscutida de que en la vivienda siguen residiendo junto a su madre las tres hijas comunes; que son dependientes económicamente y viven una situación conflictiva con el padre, por lo que es imposible que este pueda cubrir la necesidad de vivienda de las hijas acogéndolas en su domicilio; todo ello deriva en que solo pueden convivir con la madre; (iv) Por último, recuerda que es doctrina sostenida por el Tribunal Supremo (STS 527/2017, de 27 de septiembre) que la única interpretación del art. 96.3 CC es la de que «no habiendo hijos» situación a que la jurisprudencia asimila a la existencia de hijos mayores de edad, podrá acordarse que el uso de la vivienda familiar, «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».

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 55 LOTC, solicita la estimación del recurso.

9. Con fecha de 22 de febrero de 2021, la demandante de amparo presentó escrito ante este tribunal solicitando la suspensión de la condena en costas dictada en las tres instancias del procedimiento de modificación de medidas, es decir, de la sentencia 318/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, de 19 de septiembre de 2017; de la sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de abril de 2019;

y del auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2019, si bien en el momento de presentar dicho escrito ante este tribunal, las respectivas solicitudes sobre la suspensión de la condena en costas, dirigidas por la recurrente a los órganos judiciales, tal como en su escrito advierte, estaban aún pendientes de resolverse.

10. Por providencia de 2 de marzo de 2023 se señala para votación y fallo del presente recurso el día 6 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, de 19 de septiembre de 2017; el auto 1/2018, de 3 de julio, de la Sala de recusaciones del art. 77 LOPJ del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó la recusación e impuso a la señora Iglesias una multa de 500 euros por mala fe; la sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de abril de 2019 y, en fin, el auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2019, que inadmitió los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

a) Alegaciones de la recurrente.

Como se ha expuesto en los antecedentes, la demandante de amparo afirma que durante el procedimiento existieron determinadas irregularidades procesales como la falta de grabación de parte de la vista oral y la denegación de la práctica de determinada prueba propuesta, que le han causado una grave indefensión, y que, una vez denunciada, tampoco ha sido reparada por los órganos judiciales superiores. Igualmente denuncia la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), por cuanto los componentes de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial no han sido imparciales, debido a la previa condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el proceso de divorcio que fue enjuiciado por aquella misma Sala. A ello añade la falta de respuesta a su solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial penal y, por último, la ausencia de la debida ponderación de los derechos e intereses concernidos, desoyendo el principio de protección a la familia, que informa la actuación de los poderes públicos (art. 39 CE), incumpliendo la normativa y jurisprudencia prevista para estos casos. Para la recurrente, los órganos judiciales han aplicado con un gran automatismo y excesivo rigor el tenor literal del art. 96 CC interpretando que una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad no tienen derecho de uso sobre el domicilio familiar.

Todo ello, en su opinión, constituiría una vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Solicita, en consecuencia, la anulación de las resoluciones indicadas, así como la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno.

b) Alegaciones de la representación de don Juan Cantalapiedra.

El señor Cantalapiedra Fuchs, se opone a la estimación de la demanda. Afirma que no solo no existió indefensión material debida al defecto de grabación de las actuaciones judiciales, sino que, además, las peticiones de la demandante de amparo resultan completamente extemporáneas e infundadas habida cuenta de que su dirección letrada suscribió el acta levantada por la letrada de la administración de justicia, mostrando su plena conformidad con lo efectuado en el acto del juicio oral. En segundo lugar, sobre la pretendida vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (arts. 24.2 CE), sostiene que el conocimiento por la misma Sala del precedente procedimiento de divorcio nada tiene que ver con el actual pleito y que el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara a España por vulnerar el derecho de las hijas menores a ser oídas en el anterior procedimiento es irrelevante, pues de ser así, ninguna resolución podría ser revocada en instancias superiores.

Por lo que se refiere a la existencia de una posible incongruencia omisiva al no haber planteado cuestión prejudicial, destaca que tal solicitud no fue introducida por la demandante de amparo en el suplico de su recurso de apelación, lo que determina la imposibilidad de ser valorada ahora en amparo. A continuación, y respecto a la cuestión de fondo señala que, de acuerdo con la jurisprudencia, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, la subsistencia de la necesidad de habitación de estos no resulta factor determinante para adjudicarles el uso de la vivienda, que fue la conclusión alcanzada en las resoluciones impugnadas, al entender que era el suyo el interés más digno de protección.

También se alude a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a utilizar todos los medios de prueba, recordando que el órgano judicial sí dio contestación a la solicitud de la práctica de determinadas pruebas; respuesta que la demandante dejó firme puesto que pudiendo hacerlo, no la recurrió y lo mismo debe decirse de la inadmisión de la prueba testifical de las hijas mayores de edad y de la aportación del libro de socios de la empresa Ibérica de Transportados Metálicos, S.L.U., que no fue recurrida en el momento procesal oportuno.

Finaliza el señor Cantalapiedra advirtiendo de la falta de necesidad de planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad sobre la disposición final decimosexta, apartado primero, regla quinta de la Ley de enjuiciamiento civil, en cuanto impone, sin ninguna excepción, la inadmisión del recurso extraordinario por infracción

procesal si es inadmitido el recurso de casación, pues, a su juicio, lo que realmente pretende la parte contraria es eludir el cauce procedimental adecuado. Por las razones expuestas, solicita la desestimación íntegra del recurso de amparo.

c) Alegaciones del Ministerio Fiscal.

Finalmente, como ha quedado extensamente expuesto, el Ministerio Fiscal solicita la estimación de la demanda por incumplimiento del deber de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas (art. 24.1 CE), si bien considera que se deben desestimar el resto de las quejas planteadas.

El Ministerio Fiscal subraya que no se atisba una posible vulneración del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), pues de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la del Tribunal Constitucional y el art. 775 LEC, no se puede concluir que exista causa objetiva de imparcialidad por el hecho de que el mismo juzgado y la misma sección de la Audiencia Provincial hayan conocido del procedimiento de divorcio y después del de modificación de medidas en sus diferentes fases, como tampoco por la sospecha de que la previa sentencia del Tribunal de Estrasburgo pudiera haber molestado a los magistrados de la Sala.

Por lo que se refiere a la falta de grabación de los veinte primeros minutos de la vista oral (art. 24.2 CE) y a las deficiencias observadas en el acta levantada por la letrada de la administración de justicia, entiende que no se ha producido ninguna indefensión a la demandante, pues al aquietarse ante la decisión del órgano judicial de instancia, asiste la razón a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, al inadmitir la prueba propuesta en apelación.

En cuanto a la prueba admitida y no practicada (información de la Agencia Tributaria y copias de los pasaportes con las que la demandada pretende demostrar la capacidad económica del demandante), fueron inadmitidas por la Sección Vigésimosegunda con una motivación escueta pero suficiente pues, las encuentra inocuas para la resolución del recurso.

Seguidamente, con relación a la práctica de la prueba testifical de las hijas mayores, el Ministerio Fiscal subraya que, dado que la demandante de amparo no recurrió la decisión de inadmisión del juez de Primera Instancia, le asiste la razón a la Audiencia Provincial al inadmitir la prueba propuesta en la segunda. En cualquier caso, señala que la prueba devendría absolutamente innecesaria, puesto que las hijas son mayores de edad y su testimonio vendría referido a la convivencia en el domicilio familiar junto a la madre y a su dependencia económica y a la nula relación con el padre, cuestiones todas ellas aceptadas por ambas partes.

A continuación, la fiscal analiza la supuesta incongruencia omisiva, en la que habría incurrido la sentencia dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial, entendiendo que sí se ha dado respuesta de manera global a las alegaciones relativas al error en la apreciación de la prueba.

Finaliza sus alegaciones valorando el cumplimiento del deber de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas (art. 24.1 CE), concluyendo que la fundamentación de la sentencia de instancia debe considerarse irracional, al haber optado por la aplicación del párrafo 3 del art. 96 CC y no el párrafo 1 de ese mismo artículo, pese a la existencia de hijas mayores de edad dependientes económicamente de sus padres y convivientes con la madre, en cuya compañía siguen tras alcanzar la mayoría de edad; en todo caso, subraya que, incluso, de entenderse aplicable el párrafo 3 de dicho precepto, los órganos judiciales no han tenido en cuenta las circunstancias del caso al ponderar cuál es el interés más necesitado de protección, incurriendo en arbitrariedad en el dictado de la sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, al hacer una interpretación contraria a la norma (art. 96.3 CC) y a la jurisprudencia que lo desarrolla (SSTS 390/2017, y 527/2017).

2. Orden de examen de las vulneraciones alegadas según el alcance de la retroacción de sus efectos en caso de ser estimadas.

Como ha podido ser apreciado en el fundamento jurídico anterior, la demandante de amparo imputa a las resoluciones impugnadas las siguientes vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: (i) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la falta de grabación de una parte del juicio (art. 24.2 CE), que no ha sido subsanada por la sentencia de apelación ni por el auto del Tribunal Supremo; (ii) vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (arts. 24.2 y 117.3 CE), por haber sido desestimado el incidente de recusación contra los magistrados de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid; (iii) incongruencia omisiva, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en la dimensión de derecho a la motivación a las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE); (iv) vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE); y (v) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, en cuanto los órganos judiciales no han respetado la ley aplicable, ni la jurisprudencia que la interpreta.

Pues bien, siendo numerosas las infracciones de derechos alegadas por la recurrente, así como las resoluciones impugnadas, conviene hacer dos precisiones. La primera es que, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, aunque la demanda de amparo se interpone formalmente contra el auto de 20 de noviembre de 2019 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que inadmite los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, no se le atribuye vulneración alguna, pues todas las referidas anteriormente se imputan a las sentencias de primera instancia y apelación y al auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó la recusación de los tres magistrados de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid. En cualquier caso,

respecto a aquella resolución de inadmisión, la recurrente no invocó vulneración alguna mediante la oportuna interposición del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, por lo que no habría agotado previamente la vía judicial previa, óbice que impide a este tribunal entrar a valorarla [art. 44 a) LOTC].

En segundo término, tal como tenemos señalado, el diferente efecto que tendría la eventual estimación de las vulneraciones aducidas implica que el análisis deba realizarse según el alcance de la retroacción y, de este modo comenzar por la invocación del derecho a la imparcialidad judicial por afectar a la constitucionalidad de la propia conformación del órgano judicial (STC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 2), para continuar con el derecho a la prueba (art. 24.2 CE) y a una resolución suficientemente motivada y fundada en Derecho.

3. El derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE).

a) Alegaciones de la recurrente y hechos que fundamentan la queja.

La demandante de amparo alega la vulneración del derecho a un juez imparcial, con invocación expresa del art. 24 CE y del art. 6 CEDH, apoyándose en varios argumentos básicos: la relación del titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid con el presidente de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid; las expresiones contenidas en el auto 1/2018, de 3 de julio, de la sala de recusaciones del art. 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la influencia que pudo tener en los componentes de dicha Sección Vigésimosegunda de la Audiencia, la STEDH, de 11 de octubre de 2016 (asunto «Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España»).

b) Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un juez imparcial.

Para ofrecer una respuesta adecuada a esta queja es necesario recordar, como lo hemos hecho recientemente en la STC 46/2022, de 24 marzo, FJ 7.1, que para que, en garantía de la imparcialidad, un juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que no es ajeno a la causa, o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Ahora bien, por más que se haya reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes pues está en juego la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales deben inspirar a las partes y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado juez del conocimiento de un asunto las meras sospechas o dudas sobre su imparcialidad que surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas [STC 66/2001 de 17 de marzo, FJ 2 a)].

Por otro lado, hay que subrayar que la imparcialidad judicial se presume y las causas de recusación han de ser interpretadas restrictivamente, lo que implica la exigencia de que se aporte un principio de prueba del que se pueda derivar una duda objetiva y razonable sobre la causa de recusación invocada, porque la imparcialidad del órgano jurisdiccional no puede quedar a expensas de una mera interpretación subjetiva del recurrente o de sus convicciones personales (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3). En tal sentido, la causa legal de recusación no es cualquier relación de amistad, sino aquella que aparezca connotada por la característica de la intimidad entre dos personas, concepto que ciertamente puede considerarse en sentido técnico como indeterminado, pero que en ningún caso permite que se le califique como vago o subjetivo (ATC 226/1988, de 16 de febrero, FJ 3; con reiteración en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 7, y en los AATC 238/2014, de 9 de octubre, FJ 5, y 17/2020, de 11 de febrero, FJ 3).

De acuerdo con lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia de 24 de mayo de 1989, asunto «Hauschildt c. Dinamarca», § 52, que este tribunal comparte (STC 36/2008 de 25 de febrero, FJ 2), «la realización por el juez de cualquier decisión previa al enjuiciamiento conectada con la causa no determina la pérdida de su imparcialidad, sino que esto solo se producirá cuando la actividad jurisdiccional previa haya supuesto la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, aunque sea de carácter indiciario o provisional, lo que ha de enjuiciarse en atención a las circunstancias del caso y a los términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido». Igualmente, en el asunto «Fehr c. Austria» (sentencia de 3 de febrero de 2005, § 30) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó que «el solo hecho de que el mismo juez ya haya decidido las peticiones del recurrente en otros procedimientos no justifica objetivamente temor alguno de falta de imparcialidad de aquel» y en el asunto «Faugel c. Austria» (auto de 24 de octubre de 2002) puso también de manifiesto «que de la obligación de ser imparcial no se deduce una regla general que imponga a un tribunal superior que anule una resolución administrativa o judicial a remitir el caso a una autoridad jurisdiccional diferente o a una Sala de dicha autoridad compuesta de distinta forma».

c) Aplicación de la doctrina al caso concreto.

De acuerdo con esta doctrina, debemos valorar si la actuación de los magistrados de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid que intervinieron en el proceso de modificación de medidas instando contra la demandante de amparo, vistas las circunstancias del caso, permite considerar justificadas las dudas de esta última acerca de su imparcialidad.

En tal sentido, asiste la razón al Ministerio Fiscal y a don Juan Cantalapiedra Fuchs cuando observan que no se puede concluir que exista causa objetiva de imparcialidad porque el mismo juzgado y la misma sección de la Audiencia Provincial hayan conocido del procedimiento de divorcio y después del de modificación de medidas en

sus diferentes fases. Así se ordena en el art. 775 LEC. Es más, el hecho de que dos de los magistrados sean los mismos que componían la sala que emitió la resolución que dio lugar a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto «Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España», no justifica objetivamente motivo alguno de falta de imparcialidad, pues en aquella resolución no se reprochaba a los órganos judiciales españoles algún género de parcialidad, sino la falta de audiencia de las hijas menores para la fijación del régimen de visitas (art. 6 CEDH). De ello, como bien afirma en Ministerio Fiscal no se puede concluir que los magistrados se encontraran afectados por cualquier prejuicio personal o predeterminación en relación a un concreto caso, como motivo bastante para estimar lesionado el derecho al juez legal imparcial desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, al no existir prevención alguna en el ánimo de los mencionados magistrados ante el diferente carácter del objeto procesal a resolver en uno y otro proceso (STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y las que allí se citan).

En segundo lugar, la recurrente cuestiona la imparcialidad del presidente de la sección por la relación que le une al titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid. A tal fin aduce que este último pronunció unas palabras de reconocimiento en el acto homenaje que se organizó para aquel y que ello debe considerarse un supuesto equiparable a la amistad íntima del art. 219.9 LOPJ, generando un temor objetivo a que el juzgador sea influenciado en su comportamiento y decisión, afectando a la apariencia de imparcialidad.

Respecto a este particular, este tribunal observa que, aunque efectivamente aquellas palabras fueron pronunciadas, no se ha aportado más prueba o indicio de la supuesta amistad íntima en que funda su recusación (STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto «Otegi Mondragón y otros c. España», § 52). En consecuencia, no existe ningún elemento de juicio que permita afirmar algo distinto de la existencia de una relación profesional entre ellos, y menos aún de la intimidad que adjetiva a la relación de amistad que exige el art. 219.9 LOPJ y que, en modo alguno, puede presumirse (ATC 54/2014, de 25 de febrero, FJ 5).

Por último y en lo que concierne a la alegada falta de parcialidad del órgano judicial por las expresiones vertidas en el auto de 18 de abril de 2018 de la Audiencia Provincial que inadmite el recibimiento del pleito a prueba, que literalmente se traducen en la afirmación de que «la sentencia objeto del recurso de apelación es plenamente adecuada a la normativa y a la jurisprudencia que la interpreta», este tribunal vuelve a coincidir con la valoración de la fiscal, en tanto que la queja expresa la discrepancia de la recurrente con el contenido del auto, pero no acredita déficit alguno de imparcialidad.

Por lo expuesto, hemos de desestimar la primera de las quejas alegadas por la demandante.

4. La falta de grabación de parte del juicio y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

a) Alegaciones de la recurrente de amparo.

Como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho de esta sentencia, la segunda queja de la demandante se basa en la ausencia de grabación de la vista durante los primeros veinte minutos, iniciándose con la práctica de la prueba propuesta y admitida. Esta deficiencia se puso de manifiesto en el escrito de conclusiones como causante de indefensión (art. 24.1 CE), solicitando su nulidad y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior, pretensión que fue desestimada por el órgano judicial de instancia y el de apelación, habida cuenta que la letrada de la administración de justicia había levantado acta detallada de todo lo acaecido, y las partes suscribieron el acta sin formular objeción o reserva (art. 285.2 LEC), lo que, efectivamente, convierte en extemporánea la solicitud.

b) Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los defectos en la grabación audiovisual de las vistas y el derecho a la utilización de medios de prueba.

Respecto a esta alegada vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes, concretamente en lo que concierne a la ausencia de documentación de los actos procesales es doctrina de este tribunal, recogida en la STC 55/2015, (FJ 2), referida al acta escrita, pero aplicable igualmente a la grabación audiovisual la de que la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. En tal sentido, su pérdida no comporta necesariamente la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso, aunque pueda resultar relevante en relación con el derecho a la presunción de inocencia, con el principio acusatorio o con el deber de congruencia de las resoluciones. Se recuerda que el control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de lo acontecido en la vista «solo puede hacerse a través de la correspondiente acta, levantada por el secretario judicial que [...] ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente» (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3; 92/2006, de 27 de marzo, FJ 3, y 22/2013, de 31 de enero, FJ 4).

Sin embargo, conviene añadir que el principio que ha de regir en esta materia es el de la conservación del proceso, siendo la nulidad de actuaciones un remedio excepcional que solo debe ponerse en marcha cuando se

haya producido una efectiva indefensión material que debe estar debidamente justificada y haber sido denunciada tempestivamente.

Por otra parte, este tribunal tiene declarado (STC 46/2022, de 24 de marzo, FJ 9.3) que «[c]uando, habiéndose admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial, para que este tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba también se exige que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas admitidas y no practicadas, y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (SSTC 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 6, entre otras muchas)».

c) Aplicación de la doctrina al caso concreto.

En este caso, la demandante de amparo sostiene que la indefensión se ha producido, pues la falta de grabación dificulta que pueda acreditar los medios de prueba que fueron propuestos y los admitidos e inadmitidos, entre los que se cuentan la testifical de las hijas mayores y diversa documental relativa a la capacidad patrimonial de su exesposo. Afirma que fue al pedir la grabación cuando constató la ausencia de grabación en los primeros veinte minutos, poniendo en evidencia esta deficiencia en el trámite de conclusiones solicitando su complemento, que fue rechazado. Reiterada en segunda instancia la queja, así como la petición de práctica de la prueba, tampoco se admitió la solicitud con el argumento de no haberse formulado recurso de reposición contra el criterio denegatorio del juzgado *a quo* (art. 460.2.1 LEC), al margen de resultar inocua para la resolución de fondo.

Pues bien, este tribunal ha constatado mediante el examen de las actuaciones que, en efecto el acta levantada por la letrada de la administración de justicia, ante la ausencia de grabación de los veinte primeros minutos de la vista, fue incompleta pues no figura ni la proposición de la testifical de las hijas mayores, que se deduce claramente que fue propuesta por la impugnación efectuada por el señor Cantalapiedra, ni la del libramiento de oficio a la Agencia Tributaria aportando la información económica del padre de las menores. Ahora bien, lo cierto es que respecto del rechazo de estas pruebas la demandante de amparo solo formuló objeción en el escrito de conclusiones, aquietándose a la decisión denegatoria adoptada por el juzgado *a quo*, por lo que se ha de concluir, de conformidad con la opinión del Ministerio Fiscal y del señor Cantalapiedra que, pese a la falta de la grabación y de las insuficiencias detectadas en el acta sucinta, no se ha producido ninguna indefensión a la parte demandante (art. 24.1 CE), pues, como correctamente apreció la Audiencia Provincial, ella misma se ha colocado en tal situación mediante su inactividad procesal.

Por lo que concierne a una posible vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba (art. 24.2 CE), en este caso relativo a la prueba admitida y no practicada, referente a la solicitud de información de la Agencia Tributaria con la que la demandada pretende demostrar la capacidad económica del demandante y a la solicitud de aportación de los pasaportes, hemos de concluir que, a pesar de los esfuerzos realizados por la demandante para demostrar la relevancia de la prueba no practicada, lo cierto es que la inadmisión por la segunda instancia estuvo suficientemente motivada, expresando su inocuidad para la resolución del recurso pues, a entender del órgano judicial, no era necesario entrar en «otras consideraciones en orden a la disponibilidad por cada uno de los litigantes de otras posibilidades de alojamiento, o de su respectiva capacidad económica».

Por lo expuesto, tampoco se advierten las vulneraciones alegadas, por lo que este motivo debe ser desestimado.

5. La incongruencia omisiva ex art. 24.1 CE.

a) Contenido de la vulneración invocada.

La tercera vulneración alegada en la demanda de amparo hace referencia a la falta de contestación por la sentencia dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid a su denuncia de error en la apreciación de la prueba, al concluir que el actual esposo de la demandante vive en el domicilio familiar objeto de la *litis*; que el exesposo señor Cantalapiedra abona mensualmente la cantidad de 650 euros en concepto de arrendamiento del inmueble en el que habita e indicar que no consta si la madre de la demandada se encuentra o no en disposición o tiene intención de acogerla en su domicilio junto a sus hijas. A ello añade la irrazonable motivación obtenida del órgano judicial cuando afirma que la modificación de medidas solicitada afecta únicamente a los excónyuges, errando al señalar otros posibles obligados a prestar alimentos a las hijas comunes, al igual que la omisión de respuesta a su solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial penal, por los posibles delitos cometidos por don Juan Cantalapiedra de alzamiento de bienes [arts. 257 y 258 del Código penal (CP)] y delito fiscal o contra la hacienda pública (art. 305 CP).

b) Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a una resolución judicial congruente y su vulneración (art. 24.1 CE).

Este tribunal, tiene declarado que la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las

circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales [por todas, STC 104/2022, de 12 de septiembre, FJ 3 A) b)].

A tales efectos, se plantea la necesidad de «distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno» (STC 25/2012, de 27 de febrero, FJ 3).

c) Aplicación de la doctrina a las resoluciones impugnadas.

En aplicación de esta doctrina, la presente queja ha de ser desestimada, pues en contra de lo sostenido en la demanda de amparo, el órgano judicial dio respuesta a las alegaciones relativas al error en la apreciación de la prueba y a la incongruencia *ultra petítum*, pues, aun sin dar una contestación explícita y pormenorizada a cada uno de los motivos, entendió en general innecesario entrar en otras consideraciones relacionadas con la disponibilidad o no de otras viviendas por las partes o de su respectiva capacidad económica a los efectos de la extinción del derecho de uso del domicilio. Puede afirmarse, por consiguiente, que la resolución impugnada con esta respuesta global ofreció una respuesta suficiente a las quejas aducidas en esos motivos.

Por lo que atañe al restos de las quejas en las que se fundamenta el vicio de incongruencia omisiva, esto es, (i) la ausencia de respuesta a su solicitud subsidiaria y para el caso de que no se acordaran las pretensiones relativas al complemento de la grabación del acto de la vista y la abstención del órgano judicial por falta de imparcialidad objetiva; (ii) en relación con la solicitud de apreciar la existencia de una cuestión prejudicial penal, y su comunicación al Ministerio Fiscal para que ejercitara la acción penal por la comisión por el señor Cantalapiedra de los delitos de los arts. 257 y 305 CP, relacionados con su capacidad económica y con el objeto de averiguar su real patrimonio; debe indicarse que si bien fue puesta de manifiesto en el cuerpo del recurso de apelación, en el suplico –que es el que define necesariamente el ámbito del debate litigioso en la segunda instancia– nada se dijo al respecto. Ello podría conllevar a inadmitir *a limine* esta queja, en tanto pudo restársele la oportunidad al tribunal de valorarla.

Sin embargo, lo cierto es que, como pone de manifiesto la fiscal, no existió tal silencio judicial, en tanto, al igual que hizo con las demás pretensiones probatorias, manifestó en la resolución compartir el criterio del juzgado de primera instancia «sin necesidad de otras consideraciones en orden a la respectiva capacidad económica de las partes», por lo que entendió innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial y la suspensión del juicio hasta su resolución.

Esa motivación ha de considerarse suficiente y racional, siendo el órgano judicial el único competente *ex art. 117.3 CE*, para resolver sobre esta materia de estricta legalidad ordinaria (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4; 171/1994, de 7 de junio, FJ 4; 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3; 255/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 6, y 147/2002, de 15 de julio, FJ 2), revisable por este tribunal solo en caso de que la decisión fuera inmotivada o manifiestamente irrazonable o arbitraria (STC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4).

En último lugar, conviene indicar que la decisión judicial de denegar la testifical de las hijas para decidir sobre el mantenimiento de adjudicación de la vivienda habitual y de la pensión de alimentos, si bien puede censurarse la afirmación de la sentencia impugnada en cuanto entiende que su lanzamiento de la vivienda familiar no era un asunto que les concerniera, lo cierto es que tal decisión denegatoria no se recurrió en reposición en la primera instancia, motivo por el que también fue rechazada su propuesta en la segunda instancia, no pudiéndose apreciar la indefensión alegada por la demandante (art. 24.1 CE), pues, como correctamente apreció la Audiencia Provincial, ella misma se ha colocado en tal situación mediante su inactividad procesal. En tal sentido, conviene recordar que la garantía constitucional referida al derecho a la utilización de medios de prueba, que aparece concernida por la inadmisión de las declaraciones testificales, únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta.

A ello debe añadirse que a la recurrente le correspondía el deber de justificar en su demanda de amparo la indefensión sufrida, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre la solicitante de amparo. Dicha carga no ha sido enervada, pues la recurrente no ha demostrado la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas de cuya inadmisión se queja; y, por otro lado debía haber argumentado el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones (STC 208/2007 de 24 de septiembre FJ 3).

Por lo expuesto las quejas planteadas deben ser desestimadas.

6. El deber de motivación (art. 24.1 CE) y el mandato constitucional de protección de la familia (art. 39 CE).

Como puede deducirse de los antecedentes de hecho, el objeto nuclear de este recurso de amparo se centra en determinar si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del deber de motivación reforzada por su afectación al derecho a la protección familiar (art. 39 CE), la decisión

judicial de declarar extinguido el derecho de uso de sus hijas sobre la vivienda familiar por haber alcanzado la mayoría de edad.

a) Posición de la demandante y del Ministerio Fiscal.

La recurrente centra su argumentación en la ausencia de la debida ponderación de los derechos e intereses concernidos, desoyendo el principio de protección a la familia, que informa la actuación de los poderes públicos (art. 39 CE), incumpliendo la normativa y jurisprudencia prevista para estos casos. Para la recurrente, los órganos judiciales han aplicado con un gran automatismo y excesivo rigor el tenor literal del art. 96 CC, interpretando que una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad no tienen derecho de uso sobre el domicilio familiar.

Comparte su posición el Ministerio Fiscal que considera irracional la fundamentación de la sentencia de instancia al entrar a valorar la disponibilidad que pueda tener el actual esposo de la demandante de otra vivienda no solo para residir con su actual esposa, sino para acoger también a sus hijas, puesto que respecto a ellas no tiene ninguna obligación legal. Reprocha igualmente que el órgano judicial elucubre con la posibilidad de que sean acogidas por la abuela materna, obviando las obligaciones que por el vínculo filial siguen afectando al padre y a la madre. Tal falta de razonabilidad la imputa también a la sentencia de la Audiencia, no solamente por compartir el criterio del juzgado de instancia, sino porque además entiende que no es necesario siquiera entrar en «otras consideraciones en orden a la disponibilidad por cada uno de los litigantes de otras posibilidades de alojamiento, o de su respectiva capacidad económica», en cuanto el inmueble pertenece privativamente al señor Cantalapiedra, las hijas han alcanzado la mayoría de edad y la demandante de amparo no ostenta ya, en consecuencia, su guardia y custodia, a la que va unida la posibilidad de adjudicar el uso de un inmueble, aunque sea privativo del progenitor no custodio.

Para la fiscal, estas resoluciones se han olvidado del mandato constitucional contenido en el art. 39 CE, que obliga a los poderes públicos a dispensar una protección integral de los hijos en condiciones de igualdad y de su párrafo 3, que establece la obligación de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Considera que las resoluciones objeto de este recurso de amparo, han vulnerado la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, al haber optado por la aplicación del párrafo 3 del art. 96 CC pese a la existencia de hijas mayores de edad dependientes económicamente de sus padres y convivientes con la madre, en cuya compañía siguen tras alcanzar la mayoría de edad, y, en todo caso, no se ha tenido en cuenta esa circunstancia a la hora de ponderar cuál sea el interés más necesitado de protección de entenderse aplicable el párrafo 3 de dicho precepto; y por último se ha incurrido en arbitrariedad por parte de la sentencia de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial. al hacer una interpretación contraria a la norma (96.3 CC) y a la jurisprudencia que lo desarrolla al excluir la vivienda de titularidad exclusiva del derecho a su uso por el cónyuge que represente el interés más necesitado de protección.

b) Contenido de las resoluciones impugnadas.

Debemos traer a colación el contenido de las resoluciones a las que la recurrente atribuye la vulneración de su derecho.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, en su sentencia de 19 de septiembre de 2017, consideró que, a la luz de la prueba practicada y por más que las hijas mayores no hayan alcanzado la independencia económica, el interés más necesitado de protección (art. 96.3 CC) no es el de la demandante y sus hijas, en tanto el actual marido posee una vivienda en Madrid en la que alojarse con ellas y la hija común habida de tal matrimonio. A ello añade que la propia recurrente es nuda propietaria del inmueble en el que habita su madre en Madrid y con la que en más de una ocasión han convivido. Para valorar el interés más necesitado de protección tiene, además, en consideración que ha quedado acreditado que la recurrente es copropietaria junto a su esposo de otro inmueble en Pontevedra del que disfrutaban ocasionalmente. Por el contrario, el excónyuge carece de otra vivienda que no sea la litigiosa, habitando en un inmueble arrendado con su nueva esposa, siendo sus ingresos, por lo demás, significativamente inferiores a los de la demandante según los datos obtenidos de la Agencia Tributaria. Por estas razones, el órgano judicial entiende que «no puede sostenerse en modo alguno que la demandada represente a efectos de la atribución del uso de la vivienda, el interés más necesitado de protección y, por ello, teniendo en cuenta que la vivienda familiar es propiedad privativa del demandante, ha de declararse extinguido el derecho de uso sobre la vivienda familiar en su día atribuido a la demandada y a las hijas comunes que quedaron bajo su guarda».

Por su parte, la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, al ratificar la resolución de instancia mediante sentencia de 2 de abril de 2019, recuerda que «el derecho de uso que respecto a la vivienda familiar regula el art. 96 del Código civil tiene, en todos los escenarios allí contemplados, un carácter limitado en el tiempo». De este modo, cuando los hijos menores comunes alcanzan la mayoría de edad, el art. 96.3 CC «contempla la posibilidad de asignar tal derecho al cónyuge cuyo interés fuese merecedor de prioritaria protección, pero siempre con un límite temporal de vigencia a señalar prudencialmente por el juez». Esta regla 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 guardia 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 de 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 fue inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas.

Así, para la Audiencia Provincial, «el derecho de uso fue atribuido, en la sentencia de divorcio a las hijas comunes, debido a su minoría de edad, afectando tal derecho tan solo *per relationem*, y en cuanto progenitora custodia, a la señora Iglesias Casarrubios, por lo que habiendo desaparecido con la mayoría de edad de las comunes descendientes dicho imprescindible condicionante legal, el derecho no puede ahora prorrogarse en pro de quien ya no ostenta dicha función de guarda».

Entiende la Audiencia Provincial que la doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad de replantearse la asignación de uso de la vivienda en función del interés de uno y otro cónyuge, lo hace para aquellas situaciones de cotitularidad del inmueble, y en tanto se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales, o a la extinción del condominio constituido sobre el mismo, pero no en el caso de que exista un único cónyuge propietario. Como consecuencia de tal interpretación, sostiene que dado que en el supuesto examinado el inmueble litigioso pertenece privativamente al señor Cantalapiedra, quien se vio privado de la libre disponibilidad de dicho bien en atención a la protección del interés prioritario de las hijas comunes, a causa de su minoría de edad, una vez superado dicho momento debe recuperar la integridad de sus facultades dominicales de las que se ha visto privado durante más de diecisiete años. En atención a tal interpretación de la norma entiende innecesario realizar cualquier consideración en orden a la disponibilidad por cada uno de los litigantes de otras posibilidades de alojamiento o de su respectiva capacidad económica, compartiendo de este modo el criterio decisorio de la sentencia de instancia.

c) Doctrina constitucional sobre el deber de motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la protección de la familia.

Antes de dar respuesta a cada una de estas alegaciones, compartidas por el Ministerio Fiscal y la recurrente, conviene situar la cuestión desde una perspectiva constitucional. Sobre este particular debemos recordar, como entre otras, lo hemos hecho recientemente en la STC 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Esta obligación, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión posibilitando su control mediante el sistema de los recursos y como garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad. Esto implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho, lo que determina que no baste una mera declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad o de un error patente (así, por ejemplo, STC 24/2021, de 15 de febrero, FJ 2).

Es más, la motivación aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, lo que implica la obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que «no se cumplen las circunstancias» que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente (STC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3).

En concreto, respecto del deber de motivación judicial reforzado, en lo que se refiere a los supuestos en los que se invoca la afectación a la protección social, económica y jurídica de la familia e integral de los hijos hemos de aplicar el mismo canon que se ha impuesto cuando se trata de menores, pues se trata de un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de cuantas medidas sean adecuadas para cumplir eficazmente el mandato contenido en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (SSTC 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras). Y si bien es cierto que la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior de la familia corresponde tomarla a los jueces y tribunales ordinarios, no lo es menos que es de nuestra incumbencia examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a la misma, está sustentada en su mayor protección y así comprobar que no se han lesionado derechos fundamentales de quienes la componen.

Pues bien, siguiendo la doctrina de este tribunal en orden a la existencia de un canon reforzado de motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la familia, como de hecho ocurre cuando se deben tomar medidas relativas a los derechos individuales de cada uno de los componentes, tales como el uso de la vivienda habitual, determina que una resolución fundada en Derecho relativa a su modificación requiere que el fundamento de la decisión no solo constituya una aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción esté presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales, por la expresión de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución familiar.

Ello se traduce en que no es aceptable una resolución judicial de carácter meramente discrecional, sino que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales de cada uno de los miembros que componen el núcleo familiar y de las necesidades de la propia familia consideradas en sí mismas, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución. En particular, las decisiones sobre adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, que es lo que motivó la constitución legal de tal derecho a su favor, deben inspirarse en el interés más digno de protección, para lo que juega un papel indispensable la capacidad económica de las personas concernidas con la decisión.

d) Aplicación de la doctrina al caso.

La aplicación de la doctrina expuesta determina la desestimación del motivo de amparo, pues ningún reproche cabe hacer a las sentencias impugnadas, en tanto no solo encuentran su apoyo legal en la propia dicción del art. 96.3 CC, en su redacción anterior a la reforma introducida por 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 la que se disponía que en caso de que no existieran hijos en el matrimonio, podía acordarse el uso de la vivienda familiar por tiempo limitado al cónyuge no titular de la misma, «siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección», sino que aplican la doctrina asentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que ha venido asimilando la situación del cónyuges sin hijos a los del cónyuge con hijos mayores de edad, como sucede en el presente caso.

Es más, si alguna duda pudiera haber surgido respecto al modo adecuado de interpretar el art. 96 CC, tras la entrada en vigor de la citada Ley 8/2021, han quedado disipadas por el propio legislador, por cuanto en su primer párrafo ordena que «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», advirtiendo en su párrafo tercero de que «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».

Contrariamente a lo sostenido por la fiscal, no puede apreciarse irrazonabilidad alguna en las resoluciones judiciales por haber tenido en consideración la capacidad económica de ambos progenitores y el valor de sus respectivos patrimonios, pues los datos que arrojan, y que han quedado reseñados, indefectiblemente reflejan que la demandante de amparo está en una situación más ventajosa respecto del señor Cantalapiedra, siendo, por lo demás, sus ingresos profesionales notablemente superiores a los de aquel. Por el contrario, don Juan Cantalapiedra Fuchs vive con su familia en una vivienda de alquiler, sin tener más propiedades y percibiendo unos ingresos derivados de su actividad empresarial menores.

Tampoco, a juicio de este tribunal, yerran los órganos judiciales de instancia y apelación cuando interpretan que los hijos a los que se refiere el art. 96.1 CC para la atribución del uso de la vivienda familiar son los que sean comunes y menores de edad. En caso de tratarse de hijos mayores, la regla a aplicar debe ser la del párrafo 3 del art. 96 CC, que permite adjudicársela si las circunstancias lo aconsejan y su interés fuera el más necesitado de protección. No le asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando afirma que tal interpretación judicial es contraria al mandato de protección de los hijos contenido en el art. 39 CE, pues ninguna relación tiene esta norma de adjudicación del uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia a favor de los hijos mayores contemplada en los arts. 142 y ss. CC relativos al derecho de alimentos entre parientes, que recordemos que incluye la necesidad de habitación.

La prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes. Esta misma interpretación es la que ha venido realizando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en todas aquellas ocasiones en las que se le ha planteado este supuesto, expresando que «ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del Código civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1 sino del párrafo 3 del artículo 96 CC» (sentencia de 11 de noviembre de 2013).

Por tanto, este tribunal no puede acoger la tesis de la fiscal en tanto los hijos mayores no han sido abandonados por el ordenamiento jurídico, que articula su mejor protección a través de las normas relativas al deber de alimentos entre parientes (arts. 142 y ss. CC) y que incluye lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, por lo que no puede afirmarse que se encuentren en una situación de vulnerabilidad injustificable, ni es razón suficiente para seguir adjudicándoles el uso de la vivienda familiar, cuando tal necesidad de habitación está cubierta con su derecho de alimentos ex art. 142 CC o cuando, como en el supuesto enjuiciado, en uso de su libertad han decidido vivir con un progenitor en vez de con otro, pues el art. 96.1 CC, como expresa la sentencia de apelación impugnada otorga la prioridad a uno de los cónyuges en tanto sea custodio de los hijos

menores, pero cuando tal responsabilidad cesa, no existe razón de peso para mantener esta regla, cuando las necesidades de los hijos quedan cubiertas, que es lo que ocurre en el presente caso.

Por ello, debemos concluir que, en el presente caso, la respuesta judicial a la adjudicación de la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría de edad de las hijas comunes, no puede tacharse ni de arbitraria ni de irrazonable, sino que ha sido fruto de la ponderación de los intereses de relevancia constitucional en juego, valorando todas las circunstancias concurrentes sobre la afectación de los derechos que la decisión judicial comporta.

La anterior conclusión, junto con las razones expresadas anteriormente para rechazar que la decisión de extinguir el derecho de uso de la vivienda familiar constituido a favor de la recurrente y sus hijas mayores de edad haya lesionado derechos fundamentales, conduce a desestimar esta última queja y con ella el recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña María Paz Iglesias Casarrubios.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a seis de marzo de dos mil veintitrés. Inmaculada Montalbán Huertas. María Luisa Balaguer Callejón. Ramón Sáez Valcárcel. Enrique Arnaldo Alcubilla. César Tolosa Tribiño. Laura Díez Bueso.–

Firmado y rubricado.