

## 1.2. Derecho de familia

### La vivienda familiar en situaciones de crisis familiar y de vulnerabilidad económica y social (I)

#### *Family housing in situations of family crisis and economic and social vulnerability (I)*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil (acreditada a profesor Titular).  
Universidad Complutense de Madrid.*

**RESUMEN:** La vivienda representa un pilar fundamental en el Estado del bienestar. Al respecto, el artículo 33 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia y el artículo 47 el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. El presente estudio se va a centrar en el análisis de la vivienda familiar ante situaciones de crisis matrimonial o de pareja y la primera vivienda (habitual o residencia) y la secundaria ante la existencia de una vulnerabilidad económica y social y el fenómeno de la okupación y la iniquiokupación y sus consecuencias jurídicas.

**ABSTRACT:** *Housing is a fundamental pillar of the welfare state. In this regard, Article 33 of the Spanish Constitution recognises the right to private property and inheritance, and Article 47 recognises the right of all Spaniards to enjoy decent and adequate housing. This study will focus on the analysis of family housing in situations of marital or relationship crisis, and the first home (habitual or residence) and secondary home in the presence of economic and social vulnerability and the phenomenon of squatting and unsquatting and its legal consequences.*

**PALABRAS CLAVES:** Vivienda familiar, crisis matrimonial o de pareja, guarda y custodia, hijos menores de edad, mayores de edad o discapacitados, atribución del uso de la vivienda, precario, juicio de desahucio, arrendamientos urbanos, vulnerabilidad económica y social, okupación, iniquiokupación.

**KEYWORDS:** *Family housing, marital or couple crisis, custody, minor children, adults or disabled children, attribution of use of housing, precarious, eviction trial, urban leases, economic and social vulnerability, occupation, unoccupation.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIADOS. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA....1. LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. 3. LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VICARIA EN LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD. 4. DERECHO DE VISITAS, COMUNICACIÓN O ESTANCIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIADOS.—III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIADOS. 2. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS. 3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS. 4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA. 5. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO MAYOR DE EDAD. 6. LA ATRIBUCIÓN DEL USO AL HIJO MAYOR DE EDAD DISCAPACITADO. 7. ATRIBUCIÓN DEL USO ANTE LA POSIBILIDAD QUE EN LA VIVIENDA VIVAN HIJOS DE RELACIONES DIFERENTES-FAMILIAS RECONSTRUIDAS—. 8. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA PERTENECIENTE A UN TERCERO TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA: PRECARIO O COMODATO. 9. EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA POR CONVIVENCIA MARITAL.—IV. LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL EN LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA. 1. LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: ASPECTOS CIVILES. A. DURACIÓN Y PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA SEGÚN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. B. La renta en el contrato de arrendamiento de vivienda. C. Actualización de la renta del arrendamiento de vivienda. D. Gastos generales y servicios individuales. 2. ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA: LA OKUPACIÓN Y LA INQUIOKUPACIÓN Y LOS PROCESOS DE DESAHUCIO. A. *Procesos verbales de desahucio por falta de pago, por expiración del plazo y reclamación de las cantidades debidas por el arrendatario, precario, recobrar y retener la posesión y sobre derechos reales inscritos.* B. *Reformas procedimentales en el procedimiento de desahucio: trámites y aportación de documentos previa a la presentación a la demanda.* C. *La suspensión de los lanzamientos en relación a colectivos vulnerables.* D. *La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante, LO 1/2025).* E. *El seguro de impagos para los propietarios víctimas de la okupación.* 3. OTRAS CUESTIONES JURÍDICAS.—V. INCENTIVOS FISCALES APLICABLES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS A LOS ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA.—VI. LOS ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA Y LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.—VII. LA LEY POR UN DERECHO A LA VIVIENDA TRAS MÁS DE UN AÑO Y MEDIO DE VIGENCIA. EFECTOS JURÍDICOS, SOCIALES Y ECONÓMICOS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA. IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda representa un activo inmobiliario de gran valor patrimonial con el que se satisface las necesidades básicas de la familia, en particular, un interés básico como es el alojamiento. Es escasa la regulación que el Código Civil dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar, y a su protección, pues, se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición en el marco de los artículos 96.4 y 1320; la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial —artículos 90 B, 91, 96, 103.2.<sup>a</sup> y 104—; a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales —artículos 1356 y 1357—; una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución de matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges —artículos 1406.4 y 1407— a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal. Fuera del Código Civil, los artículos 91 y 144.5 del Reglamento Hipotecario que tienen por finalidad asegurar un mínimo de certeza en las transacciones y embargos que, afecten a tales bienes<sup>1</sup>. La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación<sup>2</sup>. Es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no sólo cobijo, sino además seguridad o intimidad.

En todo caso, la atribución del uso de la vivienda forma parte del contenido del convenio regulador o se trata de una medida definitiva adoptada en un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio. De forma que, o bien se acordará por las partes, o se fijará por el juez en sustitución de la ya establecida previamente o, en fin, se adoptará *ex novo*, todo lo relativo a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

Ahora bien, nuestro legislador no ofrece ninguna conceptualización de lo que representa la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar “aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación”<sup>3</sup>. Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como “aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación”, o “como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia”<sup>4</sup>. Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). Para HERRERO GARCÍA por vivienda familiar ha de entenderse “el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar”<sup>5</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996<sup>6</sup> conceptúa la vivienda familiar como “el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones

como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso”.

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina “familiarización”, esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar<sup>7</sup>; se trata entonces de una cuestión de hecho, que “no proviene de un acto jurídico o acuerdo de voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen”<sup>8</sup>.

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no sólo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA “cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquiriente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes”<sup>9</sup>.

A esta falta de definición, hay que añadir que, nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar; en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406 también del Código Civil referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria a la vivienda habitual de la familia. Antes esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (artículo 70 del Código Civil)<sup>10</sup>.

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos: 1) Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar<sup>11</sup>, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible<sup>12</sup>; o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. 2) Debe ser un lugar habitable. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ para que una vivienda sea digna y adecuada debe “albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda

desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa”<sup>13</sup>. Para TAMAYO CARMONA cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo<sup>14</sup>.

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesoriedad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios<sup>15</sup>. Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que, la ley asigna a la vivienda familiar<sup>16</sup>.

Por otra parte, también plantea cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble<sup>17</sup>. Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada, como veremos.

3) Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia, y con carácter principal<sup>18</sup>.

4) La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulottes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual<sup>19</sup>.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familia en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que, corresponde a la familia matrimonial<sup>20</sup>. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (artículos 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho<sup>21</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (artículos 108 del Código Civil y 14 de la Constitución Española)<sup>22</sup>. De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis* “dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa”<sup>23</sup>; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro

conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección<sup>24</sup>.

Asimismo, la propiedad de la vivienda familiar puede pertenecer a ambos cónyuges, en *pro indiviso* o como bien ganancial, o a uno solo de ellos o, a un tercero o compartida por el cónyuge o cónyuges con un tercero o, en fin, puede que la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se atribuya a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas<sup>25</sup>. En este supuesto, como en el caso de cotitularidad en *pro indiviso*, la atribución judicial del derecho de uso no afecta al tercero copropietario o a cada uno de los propietario individualmente y, en consecuencia, no le impiden el ejercicio de sus derechos, tanto en lo relativo a la posesión de la finca, como en el ejercicio de la acción de división de la cosa común.

Esta facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: a) El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe consagrada en el artículo 7 del Código Civil; b) No podrá exigirse la división de la cosa común, cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (artículo 400.2)<sup>26</sup>. Para que sea válido el pacto de indivisión, se exige que el mismo sea por tiempo determinado y no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no sólo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer ésta a los demás copropietarios<sup>27</sup>. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (artículo 402 del Código Civil).

En este contexto, cabe plantearse si la acción de división de la cosa común sobre la vivienda familiar, afecta al derecho de uso constituido sobre la misma, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El criterio mayoritario es que no le afecta<sup>28</sup>. Así es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros con la subsistencia de tal derecho uso<sup>29</sup>. El adquirente de bien tenga o no lugar la adquisición en pública subasta, debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder, se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.3 del Código Civil; y, asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho, —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así las sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010<sup>30</sup> y de 18 de enero de 2010<sup>31</sup> sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 2012<sup>32</sup>, que, además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya

que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su *ex* marido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquél, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Tal consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, y al que nos sumamos<sup>33</sup>. La eventual venta de la finca en pública subasta debe garantizar la subsistencia de esta medida, que solo puede ser modificada por decisión judicial en un procedimiento de modificación de medidas o por voluntad de los interesados.

Ahora bien, cabe preguntarse si podemos trasladar lo expuesto, a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso.

Sobre tales bases, procede ahora plantearse si subsiste el uso de la vivienda ante la venta o la acción de división realizada por un tercero extraño —cotitular de la vivienda—. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o, ejercitar la acción de división de la cosa común, se extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en el mismo. Lo cierto es que, no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla “resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido”<sup>34</sup>.

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que, palie tal pérdida.

Por otra parte, es posible que la vivienda familiar sea arrendada y al respecto conviene recordar que, se proclama como doctrina jurisprudencial que, el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales<sup>35</sup>. En todo caso, si la vivienda se atribuye al cónyuge no arrendatario, el artículo 15 de la LAU prevé que, en los casos de nulidad, separación o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuido el uso de la vivienda familiar. Si bien, la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda, debe ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañada de copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda<sup>36</sup>. Si el cónyuge no realiza la notificación, sigue conservando el derecho a usar de la vivienda arrendada, pero gozará de menor protección, si el arrendador ejercita su derecho a resolver el contrato de arrendamiento. De todas formas, la atribución del uso determina una subrogación del cónyuge usuario en la posición de arrendatario.

Si la vivienda ha sido arrendada a ambos cónyuges, no es obligatoria la notificación, aunque parece que, sería conveniente comunicar al arrendador la atribución del uso a uno de los cónyuges. De todas formas, no hay ningún problema, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario<sup>37</sup>.

Asimismo, un supuesto planteado no infrecuente en la realidad social española, es aquel en el que, producida la ruptura de un matrimonio o de una pareja y atribuida judicialmente el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor custodio, éste rehace su vida y comenzar a convivir maritalmente



con un tercero en el inmueble que, constituye la vivienda familiar. Consecuencia de ello, la familia monoparental constituida por el progenitor guardador o custodio y los hijos menores de edad confiados a su custodia o guarda forman un nuevo núcleo familiar o, lo que se conoce como una nueva familia reconstituida; pues, en ocasiones también se incorporan a esta nueva familia los hijos del nuevo cónyuge o conviviente que éste tiene de una anterior relación, bien de forma permanente porque aquél tiene también atribuida la guarda y custodia, o bien, de forma ocasional, al tener sólo un derecho de visitas —fines de semana o periodos vacacionales—; o, incluso, nace hijos de esta nueva relación.

En estos casos, cabe plantear qué efectos puede tener sobre el derecho de uso atribuido la circunstancia sobrevenida que, el progenitor o cónyuge usuario y custodio conviva con una tercera persona, determinando una modificación de lo que constituía la familia sobre la que se concretó el uso, con independencia que la vivienda familiar sea propiedad de ambos cónyuges o, que pertenezcan privativamente al cónyuge no custodio. A lo que se debe añadir el consiguiente aprovechamiento o beneficio por parte de ese tercero del uso de la vivienda, y además el hecho que, el cónyuge no usuario, en la mayoría de los casos, asume el pago de los gastos relativos a la propiedad o hipotecarios en exclusiva, además de los suyos propios; lo que le puede generar importantes problemas económicos, que pueden derivar, incluso, en una situación de penuria económica.

La doctrina y la jurisprudencia hasta ahora hay que decir no tienen una respuesta unánime a la problemática descrita, y fruto de ello son las diferentes posturas existentes. Así, para una parte, se entiende que, la respuesta a esta situación es la extinción del derecho de uso por desaparición del núcleo familiar sobre el que se basó la atribución del uso de la vivienda y ésta deja de tener el carácter familiar inicial sobre el que se fijó el derecho de uso<sup>38</sup>; para otra, en cambio, tal circunstancia sobrevenida no afecta a la medida de atribución del uso de la vivienda, pues, no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, por lo que la convivencia marital del titular del derecho de uso con un tercero en la vivienda familiar no puede suponer una modificación o extinción del derecho de uso<sup>39</sup>. Lo que no impide que, tal nueva circunstancia convivencial permita, sin embargo, sustentar la modificación de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos a favor de los hijos o la pensión compensatoria del conviviente con un tercero<sup>40</sup>, o una compensación económica al cónyuge no usuario por tal convivencia marital<sup>41</sup>; o en fin, no faltan quienes entienden que, la situación creada se resuelve con la exigencia de una previa liquidación de la sociedad de gananciales en caso de vivienda ganancial, o la división del patrimonio común en el supuesto que, la vivienda pertenezca a ambos cónyuges *en pro indiviso* (artículo 400 del Código Civil).

De las tres opciones expuestas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por la primera, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018<sup>42</sup> así en la posible colisión de intereses entre el cónyuge titular o cotitular de la vivienda no usuario y el cónyuge usuario que ha iniciado una nueva relación; sin obviar el interés superior de los hijos menores de edad que, conviven con el cónyuge usuario, ha considerado que, el derecho de uso se extingue cuando éste constituye un nuevo núcleo familiar con el tercero con el que convive, perdiendo por ello la vivienda el carácter familiar inicial “por servir su uso a una familia



distinta y diferente”. De forma que, lo que, inicialmente, constituyó la base que, determinó la fijación de tal medida; ahora la convivencia marital con un tercero constituye causa de extinción del derecho de uso<sup>43</sup>.

Por otra parte, cabe referirse al supuesto en que la vivienda es propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario— y salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar; adelantamos que, de forma mayoritaria, se entiende que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precarista el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma<sup>44</sup>. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que ésta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos<sup>45</sup>.

En fin, el artículo 96.3 del Código Civil —reformado por la Ley 8/2021, de 2 de junio— para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los criterios establecidos en el párrafo 1 y 2 del citado precepto “se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del adquirente sobre el uso de la vivienda no perjudicará el adquirente de buena fe”. El legislador en este supuesto de disposición de la vivienda familiar opta por reproducir el régimen previsto en el artículo 1320 del citado cuerpo legal en sede de régimen matrimonial primario. Como novedad es la constancia en el Registro de la Propiedad de la restricción de la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar<sup>46</sup>. Por lo que, con independencia de la titularidad privativa de la vivienda y de los objetos de uso ordinario contenidos en ella, a efecto de actos de disposición sobre la misma se necesitará siempre el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso, autorización judicial.

En este contexto, el 25 de septiembre de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución “*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*”, que fue respaldada por 193 Estados miembros. La citada Resolución abarca dos contenidos esenciales: la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) representando una hoja de ruta que tiene como objetivo avanzar en los grandes retos sociales, económicos y medioambientales y, por ende, se configura cómo una iniciativa dirigida a la incorporación de los derechos humanos en las políticas públicas, tanto desde los objetivos como a través de los instrumentos establecidos a tal fin, con un plan de actuación a alcanzar en 15 años. Los citados ODS, a su vez, se desglosan en 169 metas y en 232 indicadores para su seguimiento.

Pues bien en este ámbito de operatividad, la vivienda como la garantía del derecho a la misma se relacionan directamente con ocho de los ODS, en concreto, los números 1, 3, 4, 5, 7, 10, 11 y 17. Este último relativo a las alianzas para lograr los objetivos se interpela a todos los niveles de la Administración para que actúen y la necesidad de una sociedad y tercer sector fuerte que coparticipen y se alíen en la coproducción de políticas de vivienda asequible. Este ODS insta a los Estados a “lograr que ciudades y asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilien-

tes y sostenibles” y establece como meta principal que de aquí al 2030, se asegure el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos, adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales”<sup>47</sup>.

En todo caso, la vivienda constituye, ante todo, un pilar central del bienestar social en cuanto lugar de desarrollo de la vida privada y familiar, y centro de todas las políticas urbanas. Pero también, desde el punto de vista de su soporte físico, al tratarse de un bien que acota un sector económico dedicado a su producción, puesta en el mercado y su gestión. De hecho, en el conjunto de la edificación urbana, la vivienda ocupa el 80% del espacio construido y, como tal, es un factor determinante de la estructuración espacial.

Desde esta perspectiva, asimismo, la satisfacción del derecho a una vivienda digna está directamente relacionada con la capacidad que tiene nuestro sistema de vivienda de responder a las necesidades residenciales de la sociedad. De ahí que, se parte de la base de concebir la vivienda (y la vivienda asequible) como un derecho humano que se enmarca en las necesidades humanas para una vida digna, pero que también exige que se acompañe del desarrollo de políticas públicas que se orienten a su cumplimiento.

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (en adelante, LDV) señala, precisamente, en su Exposición de Motivos “las Agendas Urbanas internacionales prestan especial atención, también, a la vivienda y, en concreto, la Agenda Urbana Española, alineada con estas y con los objetivos de desarrollo sostenible que proclama la Agenda 2030, reclama la promoción de medidas y la adopción de políticas en materia de vivienda que respalden la realización progresiva del derecho de todas las personas a una vivienda digna y adecuada, a precios asequibles; que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia, especialmente en materia de género; que impidan los desalojos forzosos arbitrarios y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar erradicando el fenómeno del *sinhogarismo*, de quienes padecen situaciones de vulnerabilidad, de los grupos sociales con bajos ingresos y especiales dificultades y de las personas con discapacidad; a la vez que propician la participación y la colaboración de las comunidades y de todas las personas interesadas. Estas nuevas Agendas, tanto nacional, como internacionales, muestran a los Estados y demás escalones de Administración Pública la necesidad de reconocer la función social del suelo y de la vivienda y su compromiso a favor de una amplia gama de opciones de creación de vivienda, de promoción de diversos tipos de tenencia y de enfoques centrados, en suma, en las personas. Todo ello en el marco de una visión inclusiva de los asentamientos humanos”<sup>48</sup>.

En este contexto, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para ella y su familia que se refleja en disponer de una vivienda. De ahí que, la vivienda como derecho universal se contenga en importantes declaraciones internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183.<sup>a</sup> Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948. Su artículo 25.1 prevé que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, tanto a él o ella, como a su familia, la vivienda. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 reconoce también en su artículo 11.1, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado incluyendo, entre otros, una

vivienda igualmente adecuada. Asimismo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sigue esta misma línea, reconociendo a lo largo de su articulado la necesidad de garantizar la accesibilidad como presupuesto fundamental para el disfrute de una vivienda adecuada.

La Unión Europea también ha avanzado en el reconocimiento del derecho a la vivienda de toda persona, que se recogió en la Carta Social Europea de 1961 y se reforzó en la revisión de la misma que tuvo lugar en 1996, según la cual las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas “a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación y a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes”. También el artículo 19 del Pilar Europeo de derechos sociales, incorpora la vivienda entre los principios y los derechos esenciales para el funcionamiento de los sistemas de bienestar europeo y, por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 establece en su artículo 34.3 que “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

En esta misma línea se ha expresado la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, en la que se pide a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas y estatales aplicables, y que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna.

En el ámbito nacional, la Constitución española reconoce, en su artículo 47 el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada y, a continuación, impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el referido derecho. Todo ello como proyección de su artículo 9.2 y su ubicación sistemática en el capítulo III del título I de la norma fundamental, referido a los principios rectores de la política social y económica. El reconocimiento, respeto y protección de dichos principios informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (artículo 53.3 de la Constitución española).

Ahora bien, este derecho constitucional así reconocido incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE), a la intimidad personal y familiar (artículo 18 de la CE), a la protección de la salud (artículo 43 de la CE) y a un medio ambiente adecuado (artículo 45 de la CE); derechos, todos ellos, que, a su vez, guardan una estrecha relación con los valores de la calidad de vida —de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental— y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (artículo 10.1 de la CE). Todo lo cual influye en la configuración tanto del derecho de propiedad, como de la libertad de empresa, cuando operan en el sector de la vivienda, desde una doble perspectiva: la función social que deben cumplir la propiedad y el interés general

(artículos 33.2, 38, 128.1 y 131.1 de la CE). Y ello sobre la base del reconocimiento de la igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado (artículo 139.1 de la CE) en los términos del artículo 14 de la CE y, en particular, de las personas y grupos sociales en situación de especial desventaja (artículo 48 de la CE) y, los legítimos intereses de consumidores y usuarios, de acuerdo con el artículo 51.1 de la Constitución Española.

Sobre tales bases, se ha venido a reflejar en esta Ley lo que constituía una corriente doctrinal que, el derecho a la vivienda constituye un derecho subjetivo que puede ser esgrimido ante la jurisdicción ordinaria<sup>49</sup>. Si bien, aunque no estamos ante un derecho fundamental, tampoco tiene la categoría de simple principio rector<sup>50</sup>. Dicho de otro modo, para VILLASECA BALLESCAS “en el capítulo tercero del título I coexisten principios y derechos, sin que estos últimos pierdan tal carácter ni deban recibir el tratamiento jurídico de aquellos” y, añade que, “con independencia de lo anterior no puede negarse que la vivienda constituye el soporte físico indispensable para el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la Constitución española)”<sup>51</sup>.

Ahora bien, la vivienda se relaciona con el derecho de la propiedad contenido en el artículo 33 de la Constitución española que, aunque no es susceptible de amparo constitucional, se erige como derecho constitucional sobre el que hay una expresa reserva de Ley (artículo 53.1 de la Constitución española) no pudiendo el legislador desconocer su contenido esencial. Se trata en su perspectiva constitucionalista como derecho público subjetivo que se ostenta frente al Estado o, en general, frente a los poderes públicos, que deben respetar su contenido esencial que, solo la Ley delimita y que, la utilidad individual y la función social lo definen inescindiblemente, pues, forma parte integrante del derecho mismo (sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo<sup>52</sup>); y únicamente se puede privar de este derecho mediando causa de utilidad pública e interés social y siempre previo pago de la correspondiente indemnización, a través del instituto de la expropiación<sup>53</sup>. Con estos condicionantes, nuestro Código Civil en el artículo 348 opera sobre un concepto individualista del dominio, propio de la ideología liberal y se parte de su consideración como derecho subjetivo que, atribuye a su titular un ámbito de poder —conjunto de facultades: gozar y disponer de la cosa-<sup>54</sup>, pero también deberes y cargas como se constata en esta Ley 12/2023 (artículos 9 y 11); y tiene los caracteres de general, abstracto y elástico, además de exclusivo y perpetuo o con carácter permanente, y, en fin, es un derecho real que puede hacerse valer frente a todos (*erga omnes*)<sup>55</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional en sentencias del Pleno 37/1987, de 26 de marzo y 89/1994, de 17 de marzo<sup>56</sup> declaran que “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, con la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir, igualmente, la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su

ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (artículos 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho”.

Efectivamente, la función social del derecho a la propiedad delimita su contenido, de acuerdo con las leyes, correspondiendo concretar al legislador ese contenido y los contornos que lo definen. A esta función social se refiere también la Ley 12/2023 en su artículo 7 al afirmar que: *“1. Atendiendo a la delimitación que del derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley. 2. Para el cumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben articular los mecanismos efectivos para asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora, en los términos dispuestos por esta ley y de acuerdo con la legislación y normativa vigente en materia de vivienda”*.

En este contexto, recordemos que, el artículo 47 de la Constitución Española impone como obligación a todos los poderes públicos sin excepción y en el marco de sus respectivas esferas de competencia promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. De ahí que, la política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el citado artículo 47, siendo así que uno y otro aspecto —el económico y el social— se revelen difícilmente inseparables. Sin embargo, este precepto no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (artículo 53 de la Constitución española) en el ejercicio de sus respectivas competencias. Por lo que, se refiere al artículo 149.1.1, éste faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales. De ahí que, el Tribunal Constitucional en sentencia 146/1986, de 25 de noviembre<sup>57</sup> declarase que “la persecución del interés general —en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles— se ha de materializar “a través de”, no “a pesar de” los sistemas de reparto articulador en la Constitución española (FJ 3.º); de manera que, la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto

“debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomía territoriales” (FJ 4.º).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto, asimismo que, la inexistencia de una legislación estatal sobre vivienda que sirva como parámetro de constitucionalidad a la elevada producción normativa autonómica en la materia. Así la sentencia 16/2018, de 22 de febrero<sup>58</sup> justifica la imposibilidad de considerar que una norma autonómica contradiga las competencias estatales cuando el legislador estatal no ha “dictado, para asegurar una cierta igualdad en el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada, una norma que reserve al propietario de viviendas (o de edificaciones en general) la decisión de tenerlas permanentemente habitadas” (FJ 8.º a). También, recuerda la sentencia 80/2018, de 5 de julio<sup>59</sup>, que “no habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el artículo 149.1.1.ª de la CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en el que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional”. Esta misma doctrina jurisprudencial se reitera en otras sentencias como la 32/2018, de 10 de abril; y la 43/2018, de 26 de abril.

Por tanto, esta Ley 12/2023, de 24 de mayo representa la primera ley estatal reguladora del derecho a la vivienda desde la aprobación de la Constitución española.

Si bien, el artículo 148.3 de la Constitución española señala que, todas las Comunidades Autónomas tienen asumida en sus Estatutos de Autonomía, sin excepción, la competencia plena en materia de vivienda. A diferencia del Estado, que sólo puede incidir, con distinto alcance y sobre la base de títulos competenciales diversos, en la política de vivienda, los legisladores autonómicos pueden formular completos programas normativos de la acción pública en la materia. Uno y otras están abocados, por tanto, a articular sus respectivas actuaciones de modo que puedan desplegarse en un marco normativo coherente, estable y seguro que haga posible la realidad del derecho reconocido en el artículo 47 de la Constitución en ejecución de las medidas, acciones, planes y programas correspondientes y la igualdad básica de todos los españoles en relación con dicho derecho.

La jurisprudencia constitucional también ha avalado este esquema de concurrencia competencial. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio<sup>60</sup>, que tuvo como objeto de análisis uno de los planes de vivienda estatales de protección pública a la vivienda y que amparó la dinámica de dichos planes; junto a otras posteriores, han mantenido, en lo básico, el esquema inicial del Tribunal Constitucional, que amparó la competencia estatal para aprobar los planes de vivienda, fundamentalmente con base en el artículo 149.1.13.ª CE, que atribuye al Estado la competencia relativa a la planificación general de la actividad económica, en concreto el establecimiento de bases y coordinación de esta planificación.

Por otra parte, procede señalar que, también existen otros títulos competenciales que exigen al Estado abordar esta tarea legislativa. En primer lugar, el del artículo 149.1.1.ª de la Constitución Española para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, en este caso, en relación con el derecho de propiedad de la vivienda, pero también con el ejercicio del derecho

constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada e incluso con los derechos a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, puesto que la vivienda habitual es donde la inmensa mayoría de las personas tienen su domicilio y ejercen la intimidad de su vida personal y familiar. La dignidad y adecuación de la vivienda son, pues, condiciones asimismo para el ejercicio de estos derechos de las personas que las habitan. En segundo lugar, están las competencias estatales en materia de legislación mercantil (artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la CE) y civil (artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la CE) en relación con los contratos vinculados al acceso a la vivienda, tal y como ha admitido sin vacilar la jurisprudencia constitucional (*vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero). En tercer lugar, cabe citar el establecimiento de las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros (artículo 149.1.11.<sup>a</sup> de la CE), resultando obvio que la producción de viviendas por las empresas promotoras y su adquisición por parte de la ciudadanía requiere, de forma mayoritaria, de préstamos otorgados por las entidades de crédito, materia en la que la competencia estatal es relevante. En íntima conexión con esta competencia estatal se encontraría también la relativa a hacienda general y deuda del Estado (artículo 149.1.14.<sup>a</sup> de la CE), que constituyen títulos competenciales que se han venido ejerciendo por el Estado en la regulación de los préstamos convenidos o cualificados o en el otorgamiento de ayudas económicas. En último lugar, la competencia estatal para dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.<sup>a</sup> de la CE), también lleva al Estado a dictar una norma en materia de vivienda, habida cuenta de la repercusión ambiental de la producción y utilización de las viviendas, así como la competencia relativa a las bases del régimen minero y energético (artículo 149.1.25.<sup>a</sup> de la CE), puesto que el subsector vivienda es un ámbito clave en relación con las medidas de eficiencia y ahorro de energía.

En cualquier caso, conviene tener presente que la vivienda resulta ser un bien esencial de rango constitucional que presenta múltiples dimensiones; por lo que desde esta perspectiva, no constituye un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (artículo 53.3) que, puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles sean los instrumentos regulatorios en cada caso. Dicha complejidad competencial es clara consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/1995, de 17 de marzo, FJ 3.<sup>o</sup><sup>61</sup>).

Pues bien, entre los objetivos genéricos de la ley son además de: 1. Establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, así como de los asociados a la propiedad de vivienda, aplicable a todo el territorio nacional. 2. Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, prestando especial atención a jóvenes y colectivos vulnerables y favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales. Se indica que se debe: 3. Dotar de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la seguridad, la accesibilidad universal y la habitabilidad de las viviendas, garantizando así la dignidad y la salud de las personas que las habitan. Asimismo, 4. Definir los aspectos fundamentales de la planificación y programación estatales en materia de vivienda, con objeto de fa-



vorecer el ejercicio del derecho constitucional en todo el territorio. 5. Regular el régimen jurídico básico de los parques públicos de vivienda, asegurando su desarrollo, protección y eficiencia para atender a aquellos sectores de la población con mayores dificultades de acceso. 6. Favorecer el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación, favoreciendo la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares. Y, finalmente, 7. Mejorar la protección en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso.

Ahora bien, dichos objetivos genéricos básicos están vinculados a los fines comunes de la ley y de la acción de los poderes públicos de vivienda en materia de vivienda y dentro del ámbito de sus respectivas competencias. De ahí que, se fijen como fines entre otros: Proteger la estabilidad y la seguridad jurídica en la propiedad, uso y disfrute de la vivienda, con especial atención a las personas y hogares en situación o riesgo de vulnerabilidad, y específicamente a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través de medidas efectivas en materia de vivienda y asegurando la debida coordinación con medidas complementarias de atención social, formación, empleo y otras acciones de acompañamiento (artículo 2.5 de la LDV).

Por otra parte, en el artículo 3 letra a) de la citada Ley se define vivienda como “edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial”. Por su parte, en la letra c) se entiende por vivienda digna y adecuada: “la vivienda que, por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero, constituyendo su domicilio, morada u hogar en el que poder vivir dignamente, con salvaguarda de su intimidad, y disfrutar de las relaciones familiares o sociales, favoreciendo el pleno desarrollo y la inclusión social de las personas”. Se refiere a vivienda los edificios o partes de los mismos que tenga carácter privativo, excluyendo los que tengan carácter común —vivienda del portero—. Una definición en la línea del artículo 3 letra u) de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco que la conceptúa como “Edificio o parte de un edificio, de carácter privativo y con destino a uso residencial”. Asimismo, esta norma autonómica en sus letras v) y w) define vivienda o alojamiento adecuado como aquella vivienda o alojamiento que por su tamaño, ubicación y características resulta apropiada o apropiado para la residencia de una concreta persona, familia o unidad de convivencia; y vivienda o alojamiento digno: como la vivienda o alojamiento cuyas características técnicas son acordes a los criterios de habitabilidad. Y tal forma de operar contrasta con la ofrecida por la normativa catalana que, sin diferenciar entre edificio o partes del mismo que tengan carácter privado o público, la vivienda como “toda edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas o utilizada con este fin, incluidos los espacios y servicios comunes

del inmueble en el que está situada y los anexos que están vinculados al mismo, si acredita el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad que fija la presente ley y la normativa que la desarrolle y cumple la función social de aportar a las personas que residen en ella el espacio, las instalaciones y los medios materiales necesarios para satisfacer sus necesidades personales ordinarias de habitación” (artículo 3 letra a) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda).

Si bien, no faltan legislaciones autonómicas que parte del concepto de vivienda digna y adecuada y de calidad para referirse al concepto de vivienda. Así, el artículo 2.3 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía A los efectos de esta Ley, se entenderá por vivienda digna y adecuada aquella que reúna, al menos, los siguientes requisitos: a) Que se trate de una edificación fija y habitable, constituyendo, a efectos registrales, una finca independiente; b) Que sea accesible, particularmente las destinadas a titulares con necesidades especiales<sup>62</sup>. O, simplemente, el artículo 42 bis 1 de la Ley Foral 10/2010 considera vivienda simplemente a “toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones”; y añade en su apartado 3 que “no tendrán la consideración de viviendas deshabitadas las siguientes: a) Las viviendas habituales. Se presumirá tal carácter para aquellas que constituyan el domicilio habitual y permanente de sus titulares por declararse como tal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Y en ausencia de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las que consten como domicilio de empadronamiento en un municipio de Navarra de sus titulares; b) Las viviendas de las personas físicas cuyo uso sea el de esparcimiento o recreo, entendiéndose como tales las que constituyan segunda residencia de su titular. Podrá tener a estos efectos tal consideración únicamente una vivienda por persona o unidad familiar. En supuesto que una persona o unidad familiar sea titular de dos viviendas, se presumirá como vivienda cuyo uso es el de esparcimiento o recreo la vivienda que conforme el punto anterior no tenga la consideración de vivienda habitual. En caso de que una persona o unidad familiar sea titular de tres o más viviendas, se presumirá como vivienda cuyo uso es el de esparcimiento o recreo la vivienda con mayor valor catastral entre las que no tengan la consideración de vivienda habitual.

Ahora bien, en alguna de las legislaciones citadas se alude también al concepto de vivienda o residencia principal o secundaria. Así en el mencionado artículo 3 de la Ley 12/2023 en las letras i) y j) se define residencia habitual: la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho; y residencia secundaria como toda aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes, y que no constituye su residencia habitual, respectivamente<sup>63</sup>.

Por su parte, en el artículo 3 de la Ley 3/2015 del País Vasco en la letra z) se considera vivienda principal a aquella que consta como domicilio de una persona,

familia o unidad de convivencia en el padrón municipal; vivienda de realojo como la que se destina a nueva residencia, transitoria o permanente, de las personas, familias o unidades de convivencia que se ven obligadas a dejar su vivienda por causa de operaciones urbanísticas o expropiatorias o de actuaciones de rehabilitación, renovación o regeneración urbana; y vivienda de segunda residencia como la vivienda titularidad de quien, disponiendo ya de una vivienda principal, utiliza otra de modo intermitente o en estancias temporales. Las viviendas de la misma titularidad que superen el número de dos no se considerarán, en ningún caso, vivienda de segunda residencia.

En esta línea, el artículo 3 de la Ley 18/2007 catalana entiende en la letra b) como vivienda principal: la que consta como domicilio en el padrón municipal y vivienda secundaria o de segunda residencia: la utilizada de modo intermitente o en estancias temporales (letra c).

En fin, el artículo 3.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo entiende que la residencia habitual es la que constituya el domicilio de la persona que la ocupa durante un período superior a 183 días al año; el artículo 3 i) de la Ley 12/2023 “la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho”<sup>64</sup>; y, el artículo 41 bis de Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, por su parte, considera vivienda habitual del contribuyente a efectos de determinadas exenciones (artículos 7.t), 33.4.b), y 38 de la Ley del Impuesto) la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas. 2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

En todo caso, el legislador distingue entre las nociones de vivienda y residencia habitual, pero no define, lo que se considera vivienda habitual, máxime si tenemos presente las nuevas exigencias que debe contener la demanda en los juicios verbales de los apartados 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC y en el procedimiento hipotecario, pues, resulta necesario hacer constar en la demanda si el inmueble objeto de la misma constituye la vivienda habitual de la persona ocupante. De todas formas, resulta sencillo conocer si el inmueble es vivienda habitual del deudor, habida cuenta que con la Ley 1/2013, de 14 de mayo es obligatoria que figure tal condición en las escrituras de préstamo hipotecario. Por otra parte, la vivienda habitual será la que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa —sea propietario o no— dice la Ley. Mientras que la residencia secundaria sería la vivienda no habitual del propietario —su residencia no habitual— pues, la destina para estancias temporales o intermitentes. Aquí si el legislador alude a propietario, mientras en el anterior supuesto descrito —al

que la ocupa—. Por tanto, las nuevas exigencias para presentar la demanda en los juicios verbales por ocupación de la vivienda (artículo 439 párrafo sexto de la LEC) pueden constituir vivienda habitual de la persona ocupante tanto la residencia habitual como la secundaria del propietario. Quizá con más “fundamento” la secundaria, pues, no constituye ni el domicilio, ni la residencia habitual del propietario y, en todo caso, la vivienda habitual debe ser la residencia habitual del ocupante —ámbito sustantivo y procesal<sup>65</sup>. En esta línea, para ARGELICH COMELLES este concepto de vivienda que da la ley es “claramente obsoleto en su literalidad por la ausencia de nociones básicas del Derecho comparado europeo y además parte del paradigma de las viviendas en régimen de propiedad horizontal o de propiedad horizontal por parcelas, cuando refiere el acceso a espacios y servicios comunes”<sup>66</sup>. Asimismo, para ACHÓN BRUÑÉN esta definición “peca de parquedad, ya que no establece cuál es el tiempo mínimo de residencia para considerar a una vivienda como habitual, lo que constituye un defecto reprochable que va a ocasionar serios problemas”<sup>67</sup>.

Por otra parte, en la línea de evitar lo que se conoce como sobreendeudamiento de las familias la letra d) del artículo 3 de la Ley 12/2023 define lo que ha de entenderse por condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero para adquirir o arrendar una vivienda: “aquellas condiciones de precio de venta o alquiler que eviten un esfuerzo financiero excesivo de los hogares teniendo en cuenta sus ingresos netos y sus características particulares, considerando, tanto la cuota hipotecaria o la renta arrendaticia, como los gastos y suministros básicos que corresponda satisfacer al propietario hipotecado o al arrendatario, no debiendo superar con carácter general el 30 por ciento de los ingresos de la unidad de convivencia”.

Por su parte, en la reforma de la LEC el artículo 441.7 para apreciar el tribunal que existe una situación de vulnerabilidad económica parte del hecho que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance: a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM); b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por ciento; c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo; d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes corresponde atender a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía

Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad<sup>68</sup>.

Por su parte, el artículo 3 de la LDV define en su letra d) como condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero: aquellas condiciones de precio de venta o alquiler que eviten un esfuerzo financiero excesivo de los hogares teniendo en cuenta sus ingresos netos y sus características particulares, considerando, tanto la cuota hipotecaria o la renta arrendaticia, como los gastos y suministros básicos que corresponda satisfacer al propietario hipotecado o al arrendatario, no debiendo superar con carácter general el 30 por ciento de los ingresos de la unidad de convivencia. Y, asimismo, en su letra e) hace referencia al concepto de gastos y suministros básicos: el importe del coste de los suministros energéticos (de electricidad, gas, gasoil, entre otros), agua corriente, de los servicios de telecomunicación, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual.

En fin, el artículo 3 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias en su apartado 2 hace referencia al consumidor vulnerable como aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Ahora bien, se introducen por primera vez en la Ley 12/2023 el concepto de *sinhogarismo*, en concreto, en la letra l) del artículo 3 como la circunstancia vital que afecta a una persona, familia o unidad de convivencia que no puede acceder de manera sostenida a una vivienda digna y adecuada en un entorno comunitario y aboca a las personas, familias o unidades de convivencia que lo sufren a residir en la vía pública u otros espacios públicos inadecuados, o utilizar alternativas de alojamiento colectivo institucionalizado de las diferentes administraciones públicas o de entidades sin ánimo de lucro, o residir en una vivienda inadecuada, temporal o no, inapropiada o masificada, en una vivienda insegura, sin título legal, o con notificación de abandono de la misma, o viviendo bajo amenaza de violencia.

Podrá calificarse como *sinhogarismo* cronificado, cuando la situación de *sinhogarismo* continúe o se produzca a lo largo de un periodo de tiempo igual o superior a un año.

Se trata de una situación vital cuya solución debe venir desde la actuación del Estado llevando a cabo la planificación adecuada con su correspondiente financiación con el fin de facilitar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, prestando especial atención a aquellos colectivos, personas y familias con mayores dificultades de acceso o que puedan encontrarse en riesgo de exclusión residencial y con especial atención a aquellas familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo. Por lo que, no debe recaer en los particulares, pues necesariamente esta situación vital tiene que ver con el fenómeno de la ocupación de la vivienda y la dificultad en su recuperación. En esta línea, MAGRO SERVET manifiesta que “la confrontación de los derechos de una persona que ocupa una vivienda de forma ilegal lo es frente a la Administración Pública, que es la competente para

proveer vivienda a estas personas que se relacionan con el concepto de *sinhogarismo*, pero no el propietario de una vivienda que, la use, o no y sea gran tenedor o no lo sea, ya que los propietarios de viviendas no pueden ser sancionados por la Ley por disponer de un número determinado de viviendas y exigírseles más requisitos para recuperar su inmueble”<sup>69</sup>.

Precisamente, el artículo 14.3 de la Ley 12/2023 califica de situación de vulnerabilidad las personas en situación de *sinhogarismo* exhortando a que las Administraciones competentes, de acuerdo con lo previsto en su marco normativo, lleven a cabo programas de medidas específicas para afrontarlo, promoviendo en su ámbito territorial el acceso a soluciones habitacionales de alojamiento en condiciones adecuadas, y posibilitando una adecuada complementariedad entre las distintas políticas, recursos y servicios, especialmente en el ámbito sanitario, social, educativo y de empleo.

En todo caso, recae sobre las Administraciones Públicas dar una solución a las situaciones de vulnerabilidad económica y social y a la situación de *sinhogarismo*. Al respecto, el artículo 15 de la LDV relativo al derecho de acceso a la vivienda y ordenación territorial y urbanística en su apartado 1 letra b) señala que: “podrán establecer la obtención de suelo con destino a vivienda social o dotacional, con cargo a las actuaciones de transformación urbanística que prevean los instrumentos correspondientes, cuando así lo establezca la legislación de ordenación territorial y urbanística y en las condiciones por ella fijadas. b) Con la finalidad de adaptar la vivienda a la demanda y facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada, la ordenación territorial y urbanística promoverá la aplicación de tipologías edificatorias y de modalidades de viviendas y alojamientos que se adapten a las diferentes formas de convivencia, habitación y a las exigencias del ciclo de vida de los hogares, atendiendo, en su caso, a la casuística del medio rural. Estas actuaciones podrán ser, tanto de transformación urbanística como edificatorias, de acuerdo con el artículo 7 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre”.

Por otra parte, no se puede hacer recaer el propietario la solución a las situaciones indicadas; de ahí que, corresponda a las Administraciones competentes en materia de vivienda tal como dispone el artículo 10.2 de la LDV “velar por el pleno ejercicio de los derechos de la propiedad de vivienda, actuando de manera concertada y coordinada en la promoción de las acciones previstas en la legislación y en los planes y programas aplicables para favorecer el acceso a la vivienda. A tales efectos, podrán adoptarse y ejecutarse cuantas medidas prevea la legislación en la materia y, en particular, las siguientes: a) Ayudas y subvenciones públicas. b) Incentivos fiscales. c) Gestión directa por parte de las Administraciones Públicas o sus entes instrumentales, o en colaboración con terceros, de los parques públicos de vivienda. d) Colaboración con entidades del tercer sector cuyos fines de carácter social estén vinculados con la vivienda, para facilitar la gestión de viviendas pertenecientes a los parques públicos, así como la gestión de su propio parque de vivienda social. e) Fomento de la iniciativa privada mediante convenios con los titulares de viviendas para su cesión a las Administraciones públicas competentes u otras fórmulas para favorecer el incremento de la oferta de alquiler social o a precio asequible. Y, f) Acciones de fomento de la intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas para propiciar su efectiva ocupación”

En fin, se da un concepto de infravivienda como, pero no de vivienda vacía o deshabitada, a diferencia de las legislaciones autonómicas que lo fijan en torno a un año<sup>70</sup> o dos años el plazo temporal para su consideración como tal vivienda deshabitada<sup>71</sup>. No obstante, el artículo 34 de la Ley 12/2023 en la caracterización del parque de vivienda indica con respecto a la vivienda deshabitada o vacía que: *“1. El Estado, en cumplimiento del principio de colaboración y cooperación, así como en garantía del de transparencia en la forma que se instrumente de acuerdo con las administraciones competentes, y sobre la base de sus sistemas de información y gestión, ofrecerán información sobre el uso y destino del parque de viviendas de su ámbito territorial, con indicación, en términos agregados, del número de viviendas o de inmuebles de uso residencial que estén habitados por hogares y constituyan su residencia principal, así como aquellos que se hayan identificado como deshabitados o vacíos dentro de su ámbito territorial, incluyendo también de forma agregada, el número de inmuebles a los que, en su caso, se haya aplicado el recargo fiscal establecido en el artículo 72 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; y, 2. Con periodicidad anual, deberán publicarse los datos indicados en el apartado anterior a través de la sede electrónica prevista en el artículo 38 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, especificando las medidas y acciones orientadas a la optimización del uso del parque de vivienda del ámbito territorial; y, a su vez, la Disposición final tercera de la citada Ley modula el recargo que se impone a los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles modificando para ello el artículo 72 apartado 4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo”*<sup>72</sup>.

Ahora bien, el pasado 22 de noviembre de 2024 los jueces de las Secciones de lo Penal de la Audiencia Provincial de Girona firmaron el acuerdo por el cual habilitan a la Policía la posibilidad de actuar en las primeras 24 horas de la okupación. A esta reunión acudieron los 7 magistrados que la configuran. El procedimiento sería por la vía de urgencia.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la atribución de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial o de pareja y en situaciones de vulnerabilidad económica y social atendiendo a la regulación contenida en la Ley 12/2023 por el derecho a la vivienda y el problema añadido de la ocupación ilegal de viviendas o la iniquiocupación en sus aspectos civiles y procesales. Si bien, con carácter previo nos vamos a referir a la medida de guarda y custodia de menores —vgr. guarda o custodia compartida y derecho de visitas— que se adoptan como consecuencias de las crisis matrimonial o de pareja, por su necesaria implicación con otra medida objeto de especial análisis, como es la atribución del uso de la vivienda familiar.

## II. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMNACIPADOS. EN ESPECIAL, LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

### 1. LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La patria potestad supone un conjunto de derechos y deberes enumerados en el artículo 154 del Código Civil así: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía,



alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes; y, 3. Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. La titularidad y el ejercicio como regla general corresponden conjuntamente a ambos progenitores —patria potestad dual—.

Ahora bien, ante la ruptura de la convivencia y siempre velando por el interés del menor, la titularidad sigue correspondiendo a ambos, salvo privación de la patria potestad<sup>73</sup>; no así la guarda. De ahí que, proceda señalar que, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda, siendo a la hora de su adopción la posibilidad del menor de edad no emancipado de ser oído<sup>74</sup> y, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2024<sup>75</sup> “es jurisprudencia constitucional la que sostiene que “el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente cuanto que se encuentra implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que, tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la CE que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5º; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5º; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6º; 138/2014, de 8 de septiembre; 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4º; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3º; así como 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2º)”.

Sobre tales bases, la jurisprudencia constitucional considera que “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según lo previsto en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º; 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4.º; 28/2024, de 27 de febrero, FJ 5.º; y 82/2024, de 3 de junio, FJ 2.º). La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil 129/2024, de 5 de febrero, cuya doctrina reproduce y ratifica la sentencia de este mismo Alto Tribunal 234/2024, de 21 de febrero, aborda el significado del interés superior del menor y pone en evidencia su trascendencia en la decisión de los procesos en que se adoptan medidas referentes a los niños y a las niñas, al considerarlo: (i) Como un principio axiológico preferente en la interpretación y aplicación de las normas; (ii) Un concepto jurídico indeterminado; (iii) Una regla de orden público (iv) Un límite indisponible a la autonomía de la voluntad de los progenitores; (v) Un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de armonizarlo con los otros intereses convergentes; (vi) Su determinación exige una motivación reforzada sobre la ordinaria de toda resolución judicial; (vii) Constituye un instrumento de flexibilización del rigor procesal; (viii) Es susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas como la psicología; y (ix) Fiscalizable a través del recurso de casación.

Como hemos señalado en líneas precedentes, en la apreciación del interés superior del menor se exige un canon de motivación especialmente reforzado cuando se encuentre afectada la esfera personal y familiar de un niño o de una niña

(sentencias del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero; 53/2024, de 8 de abril y 126/2024, de 27 de noviembre). De igual manera, se expresa esta Sala en sus sentencias 984/2023, de 20 de junio; 129/2024, de 5 de febrero; 754/2024, de 28 de mayo; y 981/2024, de 10 de julio, entre otras muchas. Es decir, que el deber de motivar las sentencias (artículos 120.3 de la CE; 209.3 y 218.2 de la LEC, así como artículo 248.3 de la LOPJ), cuando afecten a los menores en los procesos judiciales, requiere de los órganos jurisdiccionales un esfuerzo mayor, más intenso y completo, en la ponderación de las circunstancias concurrentes que el nivel ordinario de justificación del proceso causal que conduce al fallo exigible en los otros procesos de distinta naturaleza.

Para apreciar cuál es el interés superior prevalente del menor es necesario dar a los menores que cuenten con suficiente juicio la oportunidad de ser oídos (audiencia del menor). El Tribunal Constitucional ha declarado en la sentencia 53/2024, de 8 de abril<sup>76</sup>, con cita de la 5/2023 y la 141/2000, que: “el derecho del menor a ser oído y escuchado forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (...) existiendo una estrecha vinculación entre el derecho indisponible del menor a ser oído y escuchado, que forma parte del contenido de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), y el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de las partes (artículo 24.1 y 2 de la CE)”. E, igualmente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha ocupado de la importancia y trascendencia que encierra tal derecho (sentencias 413/2014, de 20 de octubre; 157/2017, de 7 de marzo; 578/2017, de 25 de octubre; 18/2018, de 15 de enero; 648/2020, de 30 de noviembre; 548/2021, de 19 de julio; 577/2021, de 27 de julio; y 984/2023, de 20 de junio, entre otras)

Las manifestaciones y la voluntad expresada por los menores deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica y según la lógica y la experiencia del juzgador. La Sala de lo Civil del Alto Tribunal, ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores. En definitiva, la voluntad libremente emitida debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de la Sala de lo Civil “no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, 93/2018, de 20 de febrero; y, 705/2021, de 19 de octubre, entre otras muchas).

Por su parte, el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que, a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales: a) La protección de sus necesidades básicas, “tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas”; y c) “La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia”. Precisamente, el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se hace eco de los graves perjuicios que las conductas violentas generan sobre los menores, en línea con los textos internacionales, como la resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños (2019/2166 (INI)), que en su apartado N, exige la garantía del que el interés superior del menor sea la consideración primordial para determinar los derechos de custodia y visita en los casos de separación.

Operando sobre tales bases, procede señalar que, las medidas relativas a los hijos menores de edad deberán inspirarse necesariamente en su interés superior. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional proclama que: “toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor” (sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4.º). Dada la importancia de dicho interés, en todos los procedimientos de adopción de medidas que conciernen a los menores, opera como verdadero principio de orden público con todas las connotaciones que conlleva (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril; 1695/2024, de 17 de diciembre; así como sentencias del Tribunal Constitucional 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3.º o 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º). En este orden de ideas, las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4); 178/2020, de 14 de diciembre (FJ 3.º); 81/2021, de 19 de abril (FJ 2.º); 113/2021, de 31 de mayo; 131/2023, de 23 de octubre (FJ 3.º); 148/2023, de 6 de noviembre (FJ 4.º); 28/2024, de 27 de febrero (FJ 5.º); y 82/2024, de 3 de junio (FJ 2.º) subrayan que: “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. Y las sentencias del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo (FJ 4.º), y 113/2021, de 31 de mayo (FJ 2.º) estiman que “es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención”, con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York.

En todo caso, existe pues un amplio consenso sobre que, en todas las decisiones relativas a los niños, debe prevalecer su interés superior (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de julio de 2010, asunto Neulinger y Shuruk c. Suiza, § 135; de 26 de noviembre de 2013, asunto X c. Letonia, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de julio de 2003, asunto Sahin c. Alemania, § 66).

Asimismo, se ha reiterado en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 281/2023, de 21 de febrero; 981/2024, de 10 de julio; y 1149/2024, de 18 de septiembre, que el interés del menor no puede concebirse: “mediante una simple especulación intelectual que prescinda del concreto examen del contexto en que se manifiesta. O, dicho de otro modo, no puede fijarse *a priori* para cualquier menor, sino que debe ser apreciado con relación a un menor determinado en unas concretas circunstancias”.

Pues bien, en este contexto: a. La guarda exclusiva puede ser ejercida sólo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en lo que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad, frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones. Le corresponde a un solo de los progenitores la guarda y custodia exclusiva, unilateral o monoparental y respecto del otro progenitor se fija un sistema de visitas, estancias o comunicaciones<sup>77</sup>. Este régimen de guarda y custodia podrán acordarlo los padres en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges (artículo 92.4 del Código Civil). Si bien, conviene precisar que, la adopción de esta guarda y custodia exclusiva o monoparental puede operar por exclusión de la compartida así: cuando no sea solicitada la guarda y custodia compartida por los padres; cuando no proceda la guarda y custodia compartida; o se excluya por imperativa legal la guarda y custodia compartida ante situaciones de violencia. En todo caso, el juez antes de acordar el régimen de guarda y custodia “*deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*” (artículo 92.6); y, asimismo “*de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*” (artículo 92.9) y, en fin, oír a los menores que tengan suficiente juicio (artículo 9 de la LOPJM). Asimismo, puede ser modificada y adoptarse un régimen de custodia exclusiva para el otro progenitor hasta ahora no custodio<sup>78</sup> o, una custodia compartida<sup>79</sup>; b. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que, cuando se opta por ello bien mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es, por ello, importante que en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no sólo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; c. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Resulta necesario la elaboración de una propuesta de plan de parentalidad en que el solicitante de la guarda y custodia compartida concrete la forma, y contenido del ejercicio en aras siempre del interés superior de menor; y, una buena relación entre los progenitores, como veremos<sup>80</sup>. Dentro de este tipo de guarda y custodia

cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en lo que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares; 3. La guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres lo que entran y salen del único domicilio<sup>81</sup>; 4. La guarda compartida y la atribución de la vivienda a los hijos menores y uno de los progenitores<sup>82</sup>; 5. Sistema mixto. Custodia compartida en unos periodos y exclusiva en otros<sup>83</sup>; d. Guarda y custodia encomendada a abuelos, parientes u otras personas que así lo consintiere y, de no haberlos, a una institución idónea<sup>84</sup>. Admitida la demanda el Juez, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, podrá adoptar con audiencia de éstos, excepcionalmente que, los hijos sean encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren (terceros) y de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerá bajo la autoridad del Juez (artículo 103.1.ª del Código Civil). Se prevé con carácter específico y excepcional para aquellos casos, en que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor<sup>85</sup>.

Ahora bien, en caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar éstos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (artículo 172 del Código Civil). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de la posterior declaración de desamparo que, comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él. Si bien, la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediese, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela. En todo caso, se considera situación de desamparo “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

En este contexto, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida, o los tutores que, tengan suspendida la tutela, podrán solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor<sup>86</sup>.

De todas formas, la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio

Fiscal y la autorización durante el proceso de tutela legal de un régimen de visitas o de su suspensión<sup>87</sup>.

Sobre tales bases, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, —pese a la falta de referencia normativa expresa a excepción de la mención indirecta en el artículo 92.4 del Código Civil—, no se impedía la guarda y custodia compartida, pero ante la postura mayoritaria de rechazo de la jurisprudencia por entender que podía afectar al adecuado desarrollo de las relaciones paterno-filiales, la práctica habitual era la atribución unilateral o exclusiva de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, que solía coincidir en la mayoría de los casos con la figura materna y donde se establecía un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio —normalmente el padre— (artículo 159 en relación con los artículos 90 y 103 del Código Civil)<sup>88</sup>. Asimismo, el sistema legal hacía muy difícil la adopción de tal modalidad de guarda en los procesos contenciosos, lo que propició la práctica excepcionalidad de la misma, a lo que habría que añadir las escasas solicitudes por parte de los progenitores de esta modalidad de guarda y custodia. Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio al reformar la legislación anterior de divorcio también dio cierto impulso a la custodia compartida, al determinar que la guarda y custodia exclusiva no se configure como la única modalidad de guarda tras la situación de crisis matrimonial, sino que además se regula —con la exigencia de una serie de requisitos formales— como otra posibilidad la guarda y custodia compartida, pues, como justifica en su Exposición de Motivos, lo que hay que procurar, es el mejor beneficio para el menor. A tal fin, se dedica el artículo 92 del Código Civil que, precisamente no proporciona una definición legal de la guarda y custodia compartida o conjunta, refiriéndose, no obstante, a esta figura con expresiones tales como “ejercicio compartido de la guarda y custodia” (apartado 5), “guarda conjunta” (apartado 7) y “guarda y custodia compartida” (apartado 8), correspondiendo tal labor a la doctrina y a la jurisprudencia<sup>89</sup>. Recientemente, ha sido modificado dicho artículo 92 por la Ley 8/2021, de 2 de junio por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, de la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

Ahora bien, tal régimen de guarda y custodia descansa sobre tres principios fundamentales: el principio de interés del menor<sup>90</sup>; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad/corresponsabilidad<sup>91</sup>. Respecto al principio de superior interés del menor, tal como hemos manifestado en líneas precedentes, viene reconocido como criterio preferente en prácticamente todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre los menores de edad. Así en nuestro ordenamiento, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio— señala que “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primarán el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de



*los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*". Con la reforma se viene a dotar de contenido al concepto de interés del menor y se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, en último lugar, este principio es, además, una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Por lo que, sobre estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio. Asimismo, en el artículo 9 de la citada Ley Orgánica 1/1996, también reformado por la Ley Orgánica 8/2015, reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que está directamente implicado y del que se debe derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social<sup>92</sup>. Con la nueva redacción se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 12 de noviembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación número 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado; y, se sustituye el término suficiente juicio por el de madurez, por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico y forense, que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que, es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia. En todo caso, en la implementación de tales principios, en el ámbito internacional cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (artículo 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en el que se establece que *"los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez"*. También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14); y, el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento



y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental (artículos 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23) —en vigor desde el 1 de marzo de 2005—.

En este contexto, el principio de interés superior del menor supone que, éste tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores<sup>93</sup>; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar defendiendo sus propios intereses; es un criterio básico que ha de inspirar la actuación de los particulares como de los poderes públicos, y en relación con estos últimos, y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a la petición de parte; es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observado por los jueces y tribunales<sup>94</sup>; ha de ser precisado caso por caso, en base a la información y pruebas practicadas que debe ser valoradas, y dando lugar a una decisión motivada. Y se introduce como una cláusula general que comprende un principio general del derecho y se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado<sup>95</sup>.

Ciertamente, el interés superior del menor se reconoce como principio rector del derecho a mantener relaciones paternofiliales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del artículo 10.2 de la Constitución Española con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º). A ello se añade que, de modo expreso, el artículo 39.4 de la Constitución Española dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, de tal modo que este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el “interés superior del menor” como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una “consideración primordial” por los Estados parte. Así, el artículo 3.1 de la indicada Convención establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (sentencia del Tribunal Constitucional 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.º C)). En su artículo 9.3 se establece que “los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Y en el artículo 19.2 dispone que “los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

También el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el “interés superior del niño” y “el respeto de los derechos fundamentales” como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como “consideración primordial” es calificado “el interés superior del niño” en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la Carta de los derechos fundamentales (en adelante reconoce que la opinión del menor será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el “interés superior del menor” es “una consideración primordial” en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño “a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses” (artículo 24 del CDFUE).

Finalmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (artículo 31). Recuerda que los Estados partes pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (artículo 45).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos, ha indicado que “para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar” (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto *Buscemi c. Italia*, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto *R.M.S. c. España*, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar “prevista en la ley”, y que “sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás”. La “desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez” (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado también en numerosas ocasiones que “el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas” (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto *Eriksson c. Suecia*, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto *Olsson c. Suecia*, § 90).

En todo caso, este Tribunal Europeo de Derechos Humanos “observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo” (SSTEDH de 2 de septiembre de 2010, asunto *Mincheva c. Bulgaria*, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 82), pues “el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52).

Al respecto, existe un amplio consenso de que en todas las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés superior (SSTEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 135; y de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Letonia*, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (STEDH de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, § 66). Sin embargo, el interés de estos últimos, especialmente en tener contacto regular con su hijo, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego (STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 134). Es en interés del niño que los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, “reconstruir” la familia (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto *Gnahoré c. Francia*, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto *Jansen c. Noruega*, § 88-93).

Por lo que, al evaluar lo que se considera el interés superior del niño, las autoridades nacionales no deben desconocer que “respecto a la protección de la integridad física y moral de las personas frente a terceros, el Tribunal ya expuso que las obligaciones positivas impuestas a las autoridades —en ocasiones en virtud del artículo 2 o del 3 del Convenio aunque a veces del 8 o de este en concurso con el artículo 3— pueden implicar que haya un deber de poner en funcionamiento un marco jurídico adaptado para proteger contra los actos de violencia que podrían cometer los particulares” y específicamente “en cuanto a los niños, especialmente vulnerables, los mecanismos creados por el Estado para protegerles de actos de violencia que entren en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8, deben ser eficientes e incluirán medidas razonables de prevención del maltrato en relación con el cual las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento así como una prevención eficaz que proteja a los niños de formas tan serias de atentar contra la integridad personal” (STEDH, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, § 82 y 83, y las que allí se citan). También hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STEDH *Jasen c. Noruega*, § 104).

Sobre tales bases, el Código Civil español en su artículo 92, a diferencia también de lo que ocurre en el artículo 373-2.11 del *Code Civil* o en la *Children Act* 1989 inglesa, carece de un listado de criterios o elementos sobre los que las partes y juez puedan operar para determinar en cada caso el régimen de guarda más

idóneo para el interés del menor. Tal labor ha sido asumida por la jurisprudencia mediante el desarrollo de tales criterios. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2013<sup>96</sup> fija como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5 y 6 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se debe tomar y que se acordará cuando concurren criterios tales como: “la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva cualquier otro, que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. Y, añade que la redacción del artículo 91 “no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”<sup>97</sup>. Estos criterios son los que deben tener en cuenta el Juez para decidir en los casos en que los progenitores no estén de acuerdo en la medida a adoptar y deben atender a la protección del interés del menor<sup>98</sup>. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 2016<sup>99</sup> establece, además, que es requisito necesario para otorgar la custodia compartida la propuesta de un plan de coparentalidad o plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integren con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que van a tener los hijos una vez producida la crisis de pareja. Y, asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016<sup>100</sup> anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y madre porque ninguno de los dos la solicitó; de forma que, al no existir petición de parte “difícilmente puede valorarse un plan contradictorio adecuadamente informado sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia”. A tal fin, se ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya que dictó sentencia, estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los “estrictos términos” en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de su hija) “que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida”.

En todo caso, esta falta de mención de criterios o elementos a tener en cuenta por el juez en el artículo 92 del Código Civil contrasta con los desarrollados y fijados por citadas las legislaciones autonómicas, que sí han procedido a concretar los factores que deben ponderarse antes de tomar la decisión sobre el sistema de guarda más adecuado al interés del menor<sup>101</sup>.

Es, por ello que, el artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea<sup>102</sup>.

Ahora bien, sea cual sea la posición que se adopte, no parece que la cuestión se deba residenciar en la preferencia entre una u otra modalidad de guarda, sino en dejar a la capacidad decisoria del Juez mediante una neutralidad regulatoria, el tipo de guarda que proporciona mayor estabilidad al menor, y protege su interés. En la toma de tal decisión puede resultar conveniente la utilización de algunos de los parámetros contenidos en las diferentes regulaciones autonómicas, o establecidos por el Tribunal Supremo en sus diferentes resoluciones, todo ello sin perjuicio de la utilización de otras medidas que, permitan al juez la adopción de la medida de guarda más beneficiosa para el menor<sup>103</sup>. Ciertamente, la guarda y custodia exclusiva o compartida se otorgará en función del interés superior del menor en cada caso concreto, sin que ninguna forma de custodia se haya de considerar preferente. De ahí que, la falta de audiencia del menor y solicitada por una de las partes, si se rechaza sin motivación adecuada, determina la anulación de la sentencia recurrida<sup>104</sup> y, si se diera el caso que, ninguna de las partes ha solicitado la audiencia de los menores, el juez debe acordarla de oficio, o bien descartarse motivadamente<sup>105</sup>.

Por otra parte, de optarse por la guarda y custodia compartida, como analizaremos, no supone ello necesariamente un reparto igualitario de tiempos de convivencia. La distribución de tiempos y responsabilidades se hará, igualmente, atendiendo al interés del menor.

En todo caso, el incumplimiento reiterado del régimen de guarda acordado por cualquiera de los progenitores, determina su modificación (artículo 776.3.º de la LEC)<sup>106</sup>.

## 2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La guarda y custodia compartida la conceptúa LATHROP como “aquel sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, que permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos determinados”<sup>107</sup>.

Lo que resulta, que la guarda y custodia compartida no se debe confundir con la custodia atribuida a uno de los progenitores, concediendo al otro un amplio régimen de visitas<sup>108</sup> y, asimismo, no consiste en “un premio o castigo” al progenitor que mejor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta, precisamente, los criterios abiertos ya señalados que concretan lo que debe tomarse en consideración a la hora de determinar el interés del menor<sup>109</sup>.

Por lo que, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida siempre que con ello se proteja adecuadamente el interés superior del menor, para lo cual además de atender a los factores o criterios expuestos, deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores si tienen suficiente juicio, y lo estime necesario<sup>110</sup> —aunque también se señala la obligatoriedad de la exploración del menor en alguna resolución<sup>111</sup>— bien de oficio, bien a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Judicial o del propio menor; asimismo, habrá de valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba que se hubiera

practicado en ella<sup>112</sup>, y, si lo considere conveniente, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados en orden a la determinación del régimen de custodia más idóneo y favorable a los intereses de los menores<sup>113</sup>.

Ahora bien, como precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013<sup>114</sup> “se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, sin que la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquél”. Y añade la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 29 de abril de 2013<sup>115</sup> que, además, “se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permite a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”; y, además, “la custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores, sino el sistema más adecuado y se adoptará siempre que sea compatible con el interés del menor”<sup>116</sup>. Asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal Supremo y Sala, de 16 de febrero y de 17 de noviembre de 2015<sup>117</sup> que con el régimen de guarda y custodia compartida “a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores, d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, ya que se ha venido desarrollando con eficiencia”<sup>118</sup>.

En esencia, lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que también es beneficioso para ellos<sup>119</sup>. Por tanto, no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno de 17 de octubre de 2012<sup>120</sup> en cuanto el carácter no vinculante del informe del Ministerio Fiscal.

En este contexto, se ha de partir que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala de lo Civil que, la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal y no excepcional, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea<sup>121</sup>.

Por tanto, la guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio de los hijos la desigualdad de los progenitores, que manteniendo por igual la patria potestad; lo que, no impide la fijación de un régimen de visitas, si los periodos de tiempo alterno de cada progenitor son relativamente largos; no así si son cortos (*vgr.* semanal). De optarse por una custodia exclusiva a uno de ellos, se establece un régimen de vistas a favor del otro. Lógicamente, el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no sólo sea beneficioso para los hijos, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual<sup>122</sup>. Se pretende con esta medida “asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor”; en definitiva “aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igual de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos”<sup>123</sup>. Y, en fin, “tener una situación personal y laboral estable que permita organizar de forma satisfactoria el cuidado y atención de las hijas comunes”<sup>124</sup>.

En todo caso, no se tiene que fijar un régimen de custodia, distribuidos en periodos no homogéneos o un reparto igualitario de tiempos sino lo más equitativo posible<sup>125</sup>, atendiendo siempre al interés superior del menor<sup>126</sup>. Por lo que, no se ha de atribuir cuando cualquiera de los progenitores tiene un horario laboral incompatible como este sistema de custodia; o, los domicilios de los progenitores están en localidades o países diferentes<sup>127</sup>. De tal modo que, la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto. Por lo que, la custodia compartida deberá ser acordada por el juez en aquellos supuestos en los que, valorando las circunstancias del caso, resulte ser la solución idónea para satisfacer el interés de los menores concernidos por la decisión<sup>128</sup>. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 2022<sup>129</sup>, precisamente, se estima la guarda y custodia compartida, pues, ambos progenitores cuentan con trabajo compatibles por distancia y horario con el cuidado del menor. Idoneidad por igual, al trasladarse el padre su trabajo con contrato indefinido, ha efectuado un notable esfuerzo para acercarse a la residencia de la menor, a una distancia más que asumible. No pudiendo considerarse una circunstancia razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues, ello sería como petrificar las relaciones familiares. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.ª, de 11 de mayo de 2022<sup>130</sup> se fija un régimen de custodia que coincide con los días que el padre que trabaja en la Guardia Civil tiene libres. De lo que se trata es de adaptar el régimen de estancias de la hija con cada progenitor a las circunstancias de la situación familiar. Ello partiendo de que lo más conveniente para el interés de la menor es establecer la guarda y custodia compartida ya que ambos progenitores tienen “capacidad y actitudes” para atenderla y han colaborado para que su relación con la misma sea estrecha y cercana. El plan propuesto por el padre es claro y sin duda más beneficioso para el menor, ya que periódicamente va a disponer de período de tiempo para estar con la misma, los cuales podrán fijarse cada año con la debida antelación, aunque, trabaja en ciclos de 28 días, hay una previsión



de la jornada anual al inicio del año y por tanto, es perfectamente posible que se fijen periodos con la antelación precisa para organizarse y para que la hija no tenga alteración alguna por ello. Destaca, además, la sentencia que el régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con los hijos debe adaptarse a las circunstancias de la situación familiar y garantizar a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad el sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores, por lo que no es óbice para instaurarla que no pueda establecerse por semanas, ni por quincenas alternas. En suma, la Sala concluye que los periodos de tiempo en los que va a estar el padre con su hija, aunque no se vayan a suceder siempre con la misma cadencia, se van a conocer cada año con la suficiente antelación, de manera que la menor disfrutará de una “organización estable”, no existiendo razón alguna para sostener que va a ser algo “sumamente complejo” para ella, o que “va a tener siempre que estar a disposición de Sr. Silvio, sino que se trata de que los mismos fijen el calendario de visitas anual en el mes de diciembre, para lo cual podrán contar, además con los servicios de mediación y la decisión final del Juzgado en casa de no llegar a un acuerdo.

Ahora bien, como precisa acertadamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE que “parece razonable entender que en caso de guarda y custodia alterna, corresponde adoptar las decisiones ordinarias de la vida cotidiana así como las que no admitan demora, al progenitor con el que en cada momento conviva el menor, mientras que la organización general de la vida del menor, así como las decisiones más importantes no urgentes deberán ser tomadas de común acuerdo”<sup>131</sup>.

Por su parte, el artículo 92.5 del Código Civil establece que, para que el Juez disponga la guarda compartida, debe haber acuerdo de los progenitores manifestado en la propuesta de convenio regulador o, cuando ambos lleguen a un acuerdo en el transcurso del procedimiento. A falta de acuerdo, ante la petición de uno de los cónyuges y en interés de menor, podrá el Juez con informe del Ministerio Fiscal, excepcionalmente acordarla —de oficio (artículo 92.8)-<sup>132</sup>. En todo caso, con el objeto de determinar cuál es el régimen de custodia más idóneo (individual o compartida), el juez tendrá que, recabar el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del equipo Técnico Judicial o del propio menor<sup>133</sup> y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada y especialmente, la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (artículo 92.6)<sup>134</sup>. También podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados en todo “*lo relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior*” (artículo 92.9)<sup>135</sup>. Además, el Juez, al acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación deberá “*adoptar las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos*” (artículo 92.10)<sup>136</sup>. Por lo que, además del interés del menor, resulta esencial, como hemos señalado, que el menor sea oído, y en consecuencia, la exploración del menor<sup>137</sup>.

Como indicamos en líneas precedentes, antes se requería que el Ministerio Fiscal emitiera un informe favorable a la custodia compartida, pero la sentencia

del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre declaró inconstitucional el término “favorable”; de modo que, ahora resulta irrelevante si ese informe es positivo o negativo.

De todas formas, reiteramos la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que, permita la adopción de actitudes y conductas que, beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad; y, asimismo, que tengan aptitud y capacidad para desarrollar de forma óptima las funciones derivadas de la responsabilidad parental<sup>138</sup>. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor; así como unas habilidades para el dialogo<sup>139</sup>. Por lo que, en la toma de decisión del Juez ocupará un lugar importante la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos<sup>140</sup>. Al respecto, la sentencia del tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2022<sup>141</sup> es en este momento cuando se puede adoptar una régimen de custodia compartida porque “parece que empieza a superarse un periodo problemático y difícil, así como a comentarse una situación de cierta estabilidad no solo para el padre, y la madre, cada uno de ellos con su nueva vida, sino también para las menores que, parecen haber alcanzado un equilibrio emocional con ambos progenitores y recuperado referencias al mantenerse en la vivienda familiar y cursar estudios en el mismo colegio, después de haber residido en diferentes domicilios”.

Precisamente, las relaciones entre los cónyuges tras la ruptura pueden llegar a ser conflictivas o no, y, en el caso de existir conflicto, éste puede derivar, incluso, en supuestos de violencia de género o incurrir en otros tipos delictivos o faltas comunes como delito de coacciones, de injuria, malos tratos, como veremos. De forma que, las situaciones conflictivas que va más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende sobre los hijos; y que supone un conflicto latente y vivo determinan que no proceda, precisamente, la guarda y custodia compartida y que lo recomendable sea una custodia exclusiva por parte de uno de los progenitores<sup>142</sup>.

Ahora bien, debemos señalar que, esta medida relativa a la guarda y custodia que se acuerde, puede ser revisada (modificada) cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior<sup>143</sup>. Tal modificación opera siempre que se acredite que, el interés de los menores está mejor protegido con la custodia compartida que con la guarda exclusiva, atenuándose la exigencia rigurosa de una “alteración sustancial de las circunstancias” para la modificación de las medidas definitivas (*ex* artículo 90.3 y 91 *in fine* del Código Civil y artículo 775 LEC). Han de tratarse sobre la base del citado artículo 90.3 del Código Civil de “un cambio cierto”<sup>144</sup>.

Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016<sup>145</sup> después de declarar que, el artículo 90.3 del Código Civil, en su última redacción establece que: “3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”. Y que, con esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto, estima la modificación de la medida por un cambio de las circunstancias que, justifican la atribución de un sistema de custodia compartida, disponiendo al respecto que, se dan las siguientes circunstancias que, aconsejan, precisamente, la estimación del recurso por infracción de doctrina jurisprudencial, en interés del menor; al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia: “1. Tras la sentencia de divorcio de 13 de junio de 2011 se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la custodia compartida; 2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones; 3. La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores; 4. El informe de la psicóloga del Juzgado aconsejaba en diciembre de 2010 el sistema de custodia compartida. La psicóloga propuesta por el padre, informa en febrero de 2014 que el sistema de custodia compartida es el más idóneo, en este caso. Ambas profesionales oyeron a la menor e informan sobre la misma; y, 5. No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del Código Civil”.

Por lo expuesto, además de estimarse el recurso por infracción de la doctrina jurisprudencial, se acuerda el sistema de custodia compartida, dada la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación de la hija con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios.

Asimismo, indica la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2018<sup>146</sup> que “esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que se adoptó judicialmente la medida y siempre partiendo del interés del menor. Y, lo cierto es que ningún argumento encuentra para, con los datos que se han tenido en cuenta en la sentencia, reconocer que algo ha cambiado de una forma significativas para justificar un régimen de custodia distinto, algo que es negado en el informe emitido por el gabinete médico forense, en el que, entre otras cosas, no aconseja el cambio sin consensuar un modelo educativo común y resolver cuestiones como la económicas, que pueden estar interfiriendo en la resolución del conflicto, dado a entender que en estos momento prima más el in-

terés de la padre que el de la hija. Esta Sala en lo que aquí interesa —sentencia ya citada de 29 de abril de 2013— ha utilizado algunos criterios tales como los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, además de cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la opinión de la menor expresada en el mismo, determinan una solución distinta de la que fue adoptada en ambas instancias, máxime cuando el intento de custodia compartida genera a la niña un problema de lealtades nada favorable para su estabilidad emocional”.

Por otra parte, la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como ha venido concretando la Sala Primera del Tribunal Supremo, si el Juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre y el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia<sup>147</sup>. La razón se encuentra en que “el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de éste”<sup>148</sup>.

En fin, resulta curioso mencionar que, el sistema de guarda y custodia exclusiva con derecho de visitas, o de guarda y custodia compartida se puede, tras la reforma por la citada Ley 17/2021, que se puede concretar en convenio regulador *“el destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia, cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal”* (artículo 90.1 b) bis del Código Penal). En esta línea, dispone el artículo 94 bis del citado cuerpo legal: *“La autoridad judicial confiará para su cuidado a los animales de compañía a uno o ambos cónyuges, y determinará, en su caso, la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, todo ello atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado para su cuidado. Esta circunstancia se hará constar en el correspondiente registro de identificación de animales”*.

De ambos precepto se deduce que: 1. Pactado en el convenio o como medida judicial en los procedeos de nulidad, separación y divorcio se puede decidir sobre el cuidado de los animales de compañía, confiándolo a uno o ambos cónyuges; 2. No solo se decidirá sobre la guarda y custodia, sino también en caso de custodia exclusiva por un derecho de visitas; 3. Asimismo, se convendrá sobre el reparto de las cargas asociadas al cuidado animal, todo sobre la base del interés de los miembros de la familia y del bienestar animal; 4. Las decisiones sobre la guarda y custodia y derecho de visitas y el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, procederán con independencia de la titularidad dominical del animal, o de a quien le haya confiado para su cuidado; 5. Esta circunstancia se hará constar en el correspondientes registro de identificación de animales<sup>149</sup>.

### 3. LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VICARIA EN LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

Resulta cierto que, las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida<sup>150</sup>. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor<sup>151</sup>, como sucede en los supuestos de conflictividad manifiesta o extrema entre los progenitores especialmente siempre que exista malos tratos y, asimismo, una continua exposición del menor al enfrentamiento entre sus progenitores. Así el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de octubre de 2014<sup>152</sup> consideró que, no era posible acordar la guarda y custodia compartida, porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaban<sup>153</sup>. Recuerda el Alto Tribunal los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y concluye que “esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor; que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”<sup>154</sup>. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022<sup>155</sup> existen conflictivas relaciones entre los progenitores constatadas en el dictamen psicológico obrante en autos. Discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico en que se encuentra sometida la recurrente por las conflictivas relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende sobre los hijos. Conflicto vivo y latente. Por lo que, se recomienda la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores bien adaptados a ella y mostrar éstos dicha preferencia. Confirmación del régimen de vistas del padre ampliamente en la sentencia del juzgado, dadas las relaciones positivas con sus hijos y los vínculos de dependencia y afectividad existente entre los menores y su progenitor. Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2024<sup>156</sup> las circunstancias concurrentes determinan la inidoneidad del régimen de custodia compartida y además se suspende el derecho de visitas del padre hasta que se dicte sentencia penal pendiente por presuntos malos tratos al hijo. Una vez que, se dicte sentencia y, en función de lo acordado en ella, será el juzgado el que resuelva en ejecución de sentencia lo procedente sobre el régimen de comunicación de padres e hijos; y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 3 de octubre de 2024<sup>157</sup> se mantiene la custodia materna y se declara improcedente la custodia compartida ante la nula relación entre los progenitores que, están sumidos en una situación altamente conflictiva y de total incomunicación. Tal situación, de la que ambos resultan responsables, y que ha trascendido a los menores, generando en ellos preocupación y desasosiego, hace inviable el sistema de custodia compartida, que exige habilidades para el diálogo y una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 16 de febrero de 2015<sup>158</sup> ha otorgado la custodia compartida de un niño solicitada por el padre al considerar que la existencia de divergencias entre los padres que sean ra-

zonables no imposibilitan este régimen que es deseable porque fomenta la integración del menor con ambos progenitores, sin desequilibrios, evita el “sentimiento de pérdida”, no cuestiona la idoneidad de los padres y estima la cooperación de los mismos en beneficio del menor. De este modo, la citada sentencia indica que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes (ambos son profesores universitarios)”. Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 13 de abril de 2015<sup>159</sup> al tratarse de un padre absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas por el que le denunció su esposa. Capacitación de los padres al estar implicados emocional y afectivamente con su hija, existir una vinculación de ambos progenitores con ésta y proximidad de los domicilios. Se procede a un reparto del tiempo, así la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habilitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer una adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre con el que convivan. La sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de enero de 2018<sup>160</sup> opera también en este sentido, al haberse sobreseído las diligencias penales precias y archivadas por el juzgado. Además de una evidente dirección materna en las afirmaciones del hijo. Por lo que, la búsqueda de enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuando perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores que, recordemos esta Sala, a partir de la sentencia 2257/2013, debe ser el normal y deseable. Lo que, en esencia, se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (sentencia 368/2014, de 2 de julio). También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018<sup>161</sup> procede la guarda y custodia compartida al haber sido absuelto de los delitos que le imputaban de violencia en el ámbito familiar por los que había sido acusado; y, en la sentencia de 27 de noviembre de 2023<sup>162</sup> ante un episodio de violencia de género que se produjo hace cuatro años y que la pena impuesta fue cumplida, se indica por el Alto Tribunal que, las relaciones del padre con su hijo son buenas y el menor, incluso, exterioriza su deseo de ampliar los contactos con su progenitor. Existe una intención real y seria del padre de participar en el cuidado y atención del niño. Hay un régimen de visitas muy intenso con una distribución prácticamente igual de la custodia del niño entre sus padres, con intercambio en el domicilio de la madre.

Ahora bien, en cuanto a la consideración que las discrepancias ente los cónyuges sobre la custodia compartida, no impide su adopción, si se acuerda en interés o beneficio de los hijos, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015<sup>163</sup> cuando señala que “la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema

de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores”. Y añade que “las conclusiones del informe sicosocial deber ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos”. Por lo que, en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial, pues, no analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del “status quo”. A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con la custodia compartida, de nuevo, se indica: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que se ha venido desarrollando con eficiencia.

En cualquier caso, para la adopción del sistema de custodia compartida señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016<sup>164</sup> que “se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues, sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (artículo 92 del Código Civil). Y al respecto señala que “en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”.

De forma que, las relaciones entre los cónyuges no son relevantes por sí mismas para tomar la decisión sobre la atribución de la guarda y custodia compartida o individual, sino que es necesario tenerlas en cuenta junto con otra serie de criterios o factores que habrá de valorar el juez, siempre pensado en el superior interés del menor a la hora de determinar el tipo de guarda y custodia.

En ningún caso se acordará la guarda y custodia compartida, cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos<sup>165</sup>; o haya sido condenado por violencia de género o amenazas al cónyuge<sup>166</sup>.

En la sentencia 350/2016, de 26 de mayo<sup>167</sup> en un caso de violencia doméstica se ha señalado que “partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”<sup>168</sup>. Asimismo, en la sentencia 23/2017, de 17 de enero<sup>169</sup> se sostuvo que: “A la vista de esta



doctrina, debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación<sup>170</sup>. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2021<sup>171</sup> destaca que “no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra la integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales. A tal efecto, procede dejar sin efecto la guarda y custodia compartida con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de los menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida; toda vez que las relaciones de personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de desencuentros propios de la crisis de convivencia, generando un proceso penal abierto<sup>172</sup>. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 27 de octubre de 2021<sup>173</sup> no procede la guarda y custodia compartida por la condena del padre por violencia de género, maltrato y vejaciones injustas. Además, se ha acreditado el desprecio del padre hacia la madre y el tono vejatorio, humillante con que se dirigía a ella. Resulta inimaginable cualquier tipo de comunicación entre los progenitores y, es impensable que se dé el necesario intercambio de información de las cuestiones que afectan a los niños, ni el apoyo o respeto mutuo como padres, ni la comunicación a los niños de un clima de lealtad mutua.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualesquiera otros intereses legítimos que pudiera concurrir”. Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Este precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual —que entró en vigor el 7 de octubre de 2022— disponiendo al efecto que “*el juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violen-*

*cia de género respecto de los menores que dependan de él. Si, en interés superior del menor, no acordará la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancias, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer a través de servicios de atención especializada y realizará un seguimiento periódico de su evolución en coordinación con dichos servicios*<sup>174</sup>. Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño. En todo caso, tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia<sup>175</sup>.

En este contexto, si bien el artículo 92.7 del Código Civil parte del no establecimiento de la custodia compartida cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la integridad moral del otro cónyuge. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022<sup>176</sup> el Sr. Celso ha sido condenado por un delito leve de vejación injusta a la pena de 10 días de localización permanente. La ejecutoria penal se archivó por auto de 3 de abril de 2019 y dado que, de acuerdo con el artículo 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis meses, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de custodia compartida, al no estar incurso el Sr. Celso en una condena penal.

En todo caso, que los progenitores reúnan capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales durante la situación de crisis matrimonial, no se tienen porque verse las mismas mermadas por el hecho normal y habitual, en estos casos, que los padres opten por rehacer sus vidas con nuevas parejas, situación que, incluso puede ser positivo y de interés para el menor<sup>177</sup>; ni por razón de enfermedad de uno de los progenitores<sup>178</sup>.

El artículo 92.7 del Código Civil —reformado por la Ley 27/2021— señala que “o procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”<sup>179</sup>.

Ahora bien, la violencia de género afecta a los menores de muy diversas formas. Así, tales menores pueden ser víctima directa o indirecta de la violencia; de ahí, en primer lugar, su consideración de víctima directa de violencia de género tras la modificación de los artículos 1.2 y 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; o de víctima indirecta al sufrirlo el otro progenitor tal como establece el artículo 2 b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima. En todo caso, el artículo 94 del Código civil permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente, el artículo 66 de la citada Ley Orgánica 1/2004 autoriza la

suspensión o restricción del derecho de visita, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él. Si no se acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejerza el régimen de relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo, asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de menores y de la mujer y realizará un seguimiento periódico de su evolución.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por su parte, el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido, la Carta Europea de Derechos del Niño de 1991 establece como esencial la salvaguarda de intereses del niño.

Asimismo, en todas las legislaciones autonómicas se excluye tanto la guarda y custodia individual como la compartida en los supuestos de violencia doméstica y de género, o cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos menores y, se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad<sup>180</sup>. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (artículo 233-11.3 del Código Civil de Cataluña; artículo 80.6 del CDFA; y, artículo 3.8 b) apartado 1 de la Ley Foral 3/2011); o cuando haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. En este sentido, los indicios fundados de la comisión de dichos delitos serán tenidos en cuenta por el juez como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas previstas en esta ley en relación con dicho régimen, del mismo modo que lo podrá ser, en su caso, la resolución absolutoria que pudiera recaer posteriormente (artículo 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco). Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, en atención a los criterios anteriormente expuestos y, singularmente, a la entidad y gravedad del delito cometido, a la naturaleza y duración de la pena fijada, y a la reincidencia y peligrosidad del progenitor, un régimen de estancia, de relación o de mera comunicación respecto de ellos. Extinguida la responsabilidad penal, el juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos anteriormente señalados, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que excepcionalmente, en interés de los hijos e hijas, y atendiendo a la entidad de los hechos, duración de

la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a estos o a alguno de ellos. En defecto de todos ellos, o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que en el territorio concreto tengan asignada la función de protección de los y las menores (artículo 11.4 y 5 de la Ley 7/2015 País Vasco).

Por lo que, atendiendo a lo expuesto, podemos señalar que, en algunas legislaciones autonómicas resulta necesario que se haya dictado sentencia firme en actos de violencia familiar (artículo 233-11.3 del Código Civil catalán; y artículo 11.3 de la Ley 7/2015). Sin embargo, en otras no procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida cuando se den dos requisitos: 1. Esté incurso en proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos; y, 2. Se haya dictado resolución motivada en la que se constase indicios fundados y racionales de criminalidad (artículo 3.8 de la Ley Foral 3/2011; y, el artículo 80.6 del Código Foral aragonés). Ni tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia de género (artículo 3.8 apartado 2 de la Ley Foral 3/2011; y el artículo 80.6 del Código Foral aragonés). Por su parte, el artículo 92.7 del Código Civil no exige sentencia firme de condena por un delito contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, sino cuando exista o se advierta de las alegaciones de las partes o de las pruebas practicadas la existencia de un caso de violencia doméstica o de género —indicios de tales ilícitos penales<sup>181</sup>, o cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Sin embargo, consideraríamos conveniente que exista, al menos, sentencia firme de condena, aunque también es cierto que, cualquier cambio de circunstancias permite revisar la medida. Para UREÑA CARAZO<sup>182</sup> resulta necesario, precisamente, la exigencia de sentencia firme, pues, mientras no exista tal sentencia de condena por estos delitos, supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia, que está siendo sacrificado en aras del interés superior del menor. Por ello sería conveniente una regulación más completa del sistema de la custodia compartida. En esta línea de exigencia de sentencia condenatoria por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o, la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, se contenía en el nuevo artículo 92 bis.5 del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio aprobado el 24 de julio 2014

Ahora bien, con igual carácter general, se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia individual ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos (derecho de visita), al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas

que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal (artículo 11.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco).

Por su parte, cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados establece la Disposición Adicional cuarta del CDFA señala que, en los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado del artículo 6 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria; y, el artículo 3.8 b) apartado segundo de la Ley Foral 3/2011 de Navarra manifiesta que, también serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal.

En todo caso, la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor (artículo 80.5 del CDFA); ni la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos (artículo 5.2 de Ley 5/2011 de la Generalitat valenciana). Tampoco la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos tal como establece artículo 3.8 b) apartado 3 de la Ley Foral 3/2011; ni tampoco el deseo del menor resulta por sí solo suficiente para determinar el régimen de guarda y custodia<sup>183</sup>.

Pues bien, en este contexto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la no adopción de un régimen de guarda y custodia compartida en supuestos de violencia de género, en la sentencia de 4 de febrero de 2016<sup>184</sup>. Señala al citada resolución que es doctrina de esta Sala de lo Civil (sentencias de 29 de abril de 2013; de 16 de febrero; y de 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro

cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Por lo que, a vista de los hechos, el Tribunal Supremo asume la sentencia de instancia, manteniendo la guarda y custodia de los hijos acordada a favor de la madre y deja a la determinación del Juzgado, en ejecución de sentencia, el régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre

Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2016<sup>185</sup> revoca la custodia compartida de un menor de 7 años concedida a sus padres y la otorga en exclusiva a la madre, ante “la falta total de respeto, abusiva y dominante” que mantiene el progenitor respecto a la mujer. Se inició procedimiento de divorcio contencioso por parte de D.<sup>a</sup> Ana contra D. Raúl, solicitándose la disolución del matrimonio por divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre del hijo menor José Augusto, derecho de visitas a favor del padre, fijación de pensión de alimentos a cargo del padre y compensatoria a favor de la mujer. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declaró disuelto el matrimonio por divorcio, estableció el régimen de guarda y custodia compartida del menor. Recurrída la mencionada resolución, se dictó sentencia en segunda instancia, desestimando el recurso interpuesto, manteniendo la guarda y custodia compartida del hijo menor del matrimonio y ello pese a constar un procedimiento penal por coacciones contra el marido, por entender que el artículo 92.7 Código Civil debe ser interpretado restrictivamente, al tiempo que no queda acreditado que los hechos hayan ocurrido como relata la mujer, de forma que en el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del apartado 7.º del artículo 92 Código Civil, pues el padre ha quedado incurso en un proceso penal por un delito de coacciones frente a la mujer, pero no debe olvidarse que la interpretación del artículo 92, apartados 5, 6 y 7, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, sin olvidar que “el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas, no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en el punto de encuentro para de este modo evitar enfrentamientos”. La sentencia declara probadas “las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida”, ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurran otras circunstancias que lo desaconsejen. Se formula recurso de casación por la mujer en dos puntos o motivos: a) infracción del artículo 92.7 Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, b) infracción del artículo 92 Código Civil, al considerar que no se ha aplicado correctamente el principio de protección del prevalente interés del menor. El Ministerio Fiscal solicitó ante esta Sala, la estimación del recurso de casación.

Después de declarar esta Sala que, la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que benefician al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento

armónico de su personalidad. E, igualmente, que en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor, parte del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente.

Por lo que, estimando el recurso de casación, esta Sala atribuye la custodia del menor a la madre, debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia, al cual deberá aportar la recurrente el auto de incoación de procedimiento abreviado y el informe forense al que nos hemos referido.

Ahora bien, en relación con un derecho de visitas del padre inicialmente restringido por un Juzgado de violencia contra la mujer, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015<sup>186</sup> una vez, constatada la normalización de la relación con el hijo, la ausencia de conflictos o incidencias que aconsejen el mantenimiento del régimen restringido que, además, ha finalizado, el progreso en las visitas según informes del Punto de Encuentro familiar y la conveniencia del contacto paterno para el desarrollo del menor y en su interés, y, precisamente, en línea con la resolución de la Audiencia, se procede a admitir su ampliación, pues, además “es de resaltar que no el Juzgado de violencia de género suspendió el derecho de visitas del padre en fechas inmediatas al hecho delictivo, de lo que se deduce que en este caso concreto, no constan datos suficientes para entender que un sistema normalizado de visitas pueda generar una situación de riesgo o perjuicio a las menores, por lo que el interés de los menores queda amparado por lo acordado en la resolución recurrida”.

En todo caso, fuera de los estrictos casos de violencia de género, para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 2015<sup>187</sup> la condena de la esposa por coacciones al haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar no supone desmérito alguno, y las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. No se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor y unas habilidades para el diálogo que se presumen existentes en los padres. Y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 25 de abril de 2016<sup>188</sup> la tensa situación de la pareja unido a una condena penal por injurias impide la existencia de guarda y custodia compartida.

Precisamente, en interés de los menores, se considera que tampoco procede la custodia compartida en los casos de síndrome de alienación parental (SAP) que, conlleva la predisposición negativa de uno de los padres frente al otro<sup>189</sup>.

Por su parte, como precisa el artículo 92.7, el ejercicio compartido de la guarda no procede cuando *“cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos*



*que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género*<sup>190</sup>. Por tanto, no procede tal tipo de guarda y custodia tanto si se ha iniciado un proceso penal por violencia de género y aún no hay sentencia condenatoria, como si ya la hay, como si para el juez hay indicios de violencia deducible de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas<sup>191</sup>.

De todas formas, esta circunstancia se debe compatibilizar con la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa que, en este caso, se sustanciará en un procedimiento de familia y no en un proceso penal.

De ahí que, ante el difícil encaje, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, número 1, de Jerez de la Frontera, mediante Auto de 28 septiembre 2020<sup>192</sup> ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil que, excluye la guarda conjunta, cuando existe un proceso penal entre los cónyuges por alguno de los delitos que indica, por vulneración del principio del interés superior del menor, por la injerencia desproporcionada en la vida familiar de los litigantes tutelada por el artículo 10.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, según la cláusula del apartado 2 del artículo 10 de la propia Constitución y que los poderes públicos están obligados a proteger conforme al artículo 39.1 de la Constitución Española; por la injerencia desproporcionada en la vida privada de los litigantes y el libre desarrollo de su personalidad; y la injerencia desproporcionada en la intimidad personal y familiar de los litigantes protegida en el artículo 18.1 de la Constitución Española. En el caso de autos, los litigantes sometieron a la aprobación judicial un acuerdo por el que la custodia de sus hijos la compartían ambos progenitores por semanas alternas, estando pendiente un proceso penal en el que el padre tiene la condición de investigado por delitos relacionados con la violencia de género y la madre está siendo investigada por un delito de violencia doméstica conexo con los anteriores, habiendo ocurrido los hechos de posible relevancia penal antes de la separación de hecho del matrimonio. No hay ningún indicador de falta de idoneidad en ninguno de los progenitores para el ejercicio adecuado de su responsabilidad parental.

Pues bien, en esta cuestión de inconstitucionalidad núm. 4701-2020, promovida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera

Han intervenido y formulado alegaciones el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado y ha sido ponente el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

El 11 de marzo de 2019, doña M.J.V.C., presentó demanda divorcio contra don J.J.C.M., que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera (divorcio contencioso 531-2019), en la que se solicitaba la custodia exclusiva de los dos hijos menores del matrimonio y, subsidiariamente, la custodia compartida. En su contestación de la demanda el señor C.M., solicitó la custodia compartida.

Por auto de 24 de septiembre de 2019, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera, tras apreciar la existencia de indicios de varios delitos —de maltrato (artículo 153.1 del Código penal, en adelante, CP), amenazas (artículo 169.2 del CP), acoso (artículo 172 ter del CP) y contra la libertad sexual (artículo 179 del CP), así como una situación objetiva de riesgo— dictó orden de protec-

ción a favor de la señora V.C., acordando como medidas cautelares penales la prohibición de aproximación del señor C.M., y la de comunicarse con ella por cualquier medio. También se atribuyó la custodia de los hijos menores a la madre y se estableció el régimen de visitas del padre, con entregas y recogidas a través del punto de encuentro familiar. De la lectura del auto se deduce que a doña M.J.V.C., también se le atribuyó la condición de investigada.

Por auto de 14 de noviembre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera aceptó el requerimiento de inhibición a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1, remitiéndole las actuaciones de conformidad con el artículo 87 *ter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y artículo 49 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC); y por auto de 24 de marzo de 2020, se prorrogaron las medidas civiles adoptadas en el auto por el que se acordó la orden de protección de doña M.J.V.C.

En el acto de la vista del procedimiento de divorcio núm. 23-2020, seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm.1 de Jerez de la Frontera, ambas partes manifestaron que, en relación con las medidas a adoptar respecto de sus hijos menores, habían llegado al acuerdo de solicitar la guardia compartida por periodos semanales. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente al considerar que, en un caso como este, el artículo 92.7 del Código Civil impedía el ejercicio conjunto de la custodia.

Por providencia de 15 de julio de 2020, el órgano judicial acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.7 del Código Civil. En esta providencia el juzgado puso de manifiesto a las partes que el referido precepto podía resultar contrario a los artículos 10.1, 18.1, 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución Española, todos ellos en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española.

El Ministerio Fiscal consideró procedente el planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. También estuvo de acuerdo la representación procesal de doña M.J.V.C. Por el contrario, la representación procesal de don J.J.C.M., consideró que no era necesario plantearla, al entender que la decisión relativa a la procedencia de la custodia compartida debía adoptarse atendiendo a los intereses del menor, con independencia de la situación procesal en la que se encuentren sus progenitores. No obstante, alega también que, en el caso de que se planteara la cuestión suscitada, debería versar sobre si en un caso como el del presente supuesto, en el que tanto los menores como los progenitores están de acuerdo en que la custodia ha de ser compartida, se puede denegar tal régimen en virtud de lo dispuesto en el artículo 92.7 CC. A su juicio, el artículo 39 de la Constitución Española en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española impide llegar a esa conclusión.

Asimismo, por auto de 28 de septiembre de 2020 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil, al considerar que podía lesionar los artículos 39.2 y 4 de la Constitución Española por vulnerar el principio que exige actuar atendiendo al interés superior del menor; el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución Española); el derecho a la vida familiar (artículos 10.1 y 39.1 de la Constitución Española), y el derecho a la vida privada (artículo 10.1 de la Cons-

titución Española en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: CEDH).

La sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 98/2022, de 12 de julio de 2022<sup>193</sup> inadmite dicha cuestión por un tema formal no de fondo. Así, señala la citada resolución que, el órgano judicial no incluye argumentación alguna —a los efectos del juicio de relevancia que formula— en relación con la existencia y efectos de las referidas medidas cautelares de carácter penal. Si, como se afirma en el auto de planteamiento, tales medidas siguen vigentes no es posible atribuir a los padres la custodia compartida. Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTs 23/2017, de 17 de enero, FJ 8.º; y 729/2021, de 27 de octubre, FJ 7.º), para que este régimen pueda acordarse es preciso que los progenitores puedan tener comunicación entre ellos, pues solo de este modo pueden adoptarse las decisiones consensuadas que esta forma de custodia demanda.

En consecuencia, resulta inevitable concluir que la resolución que haya de dictarse en el proceso *a quo* no depende de la constitucionalidad del artículo 92.7 del Código Civil, pues el juzgado no ha dilucidado si la imposibilidad de acordar la custodia compartida deriva de lo previsto en esta norma o surge forzosamente de la existencia de unas medidas de protección adoptadas en el proceso penal iniciado por la denuncia formulada por la madre de los menores contra el padre de estos —proceso que se tramita en ese mismo juzgado—. Estas medidas conllevan no solo la prohibición de que el señor C.M. —padre de los menores— pueda aproximarse a la señora V.C. —madre de los menores— a menos de 300 de metros, sino también la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. No existe, por tanto, la “dependencia” (STC 189/1991, FJ 2.º), o el “nexo de subordinación” (STC 157/1990, FJ 1.º) entre la resolución que ha de dictar el juez en el proceso y la validez de la norma cuestionada que la jurisprudencia constitucional exige para tener por válidamente planteada la cuestión, pues, en tanto se aprecie que siguen en vigor las medidas cautelares de orden penal adoptadas para proteger a la madre de los menores, al impedir estas medidas cualquier tipo de comunicación entre los progenitores, hacen inviable el régimen de custodia conjunta que solicitan los padres de los menores, con independencia de lo que establece el artículo 92.7 del Código Civil.

Asimismo, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2023<sup>194</sup> ha planteado cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional ante un incidente puntual derivado de una discusión de los padres sobre la mochila del niño, sin consecuencia negativa alguna para éste que no contempló la escena, en el curso del cual presuntamente el padre golpeó a la madre en su antebrazo sin causarle lesión; denuncia, además que, fue archivada inicialmente por el Juzgado de Violencia en resolución revocada por la Audiencia. De ahí que, entienda el Alto Tribunal que la imperatividad del artículo 92.7 del Código Civil podría colisionar con el interés superior del menor consagrado en el artículo 39 de la CE y en los convenios internacionales suscritos por España y afectar de forma negativa al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la CE y, a esto añade que, si cabe en el prudente arbitrio judicial evitar situaciones como las que el precepto quiere prevenir; siendo desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto no permite entrar en juego el principio del interés superior del

menor de máximo rango constitucional al no preverse excepciones a su régimen imperativo.

De todas formas, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2023<sup>195</sup> no se concede la custodia compartida no por existencia discrepancias entre los cónyuges, conflictividad y malos tratos o violencia de género, sino por el padecimiento por el padre de una patología mental crónica que a pesar de una evolución positiva mostrando una adecuada adherencia al tratamiento farmacológico, presenta en el momento inicial actual una vulnerabilidad clínica que cursa con períodos de descompensación que podrán afectar al ejercicio de sus funciones parentales.

Nos parece oportuno finalizar este apartado señalando que, en primer lugar que, en 2024 se ha aprobado el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales<sup>196</sup>. Su principal objetivo de la ley es ofrecer entornos digitales seguros para la infancia y la adolescencia, con plena protección de sus derechos y libertades, a la vez que se fomenta un uso adecuado y respetuoso de las nuevas tecnologías. De acuerdo con lo anterior, el artículo 2 reconoce los derechos de las personas menores de edad en este tipo de entornos, entre ellos los derechos a ser protegidas eficazmente ante contenidos digitales que puedan perjudicar su desarrollo, a recibir información suficiente y necesaria en una forma y lenguaje apropiado según la edad sobre el uso de las tecnologías y de los riesgos asociados al mismo, así como al acceso equitativo y efectivo a dispositivos, conexión y formación para el uso de herramientas digitales.

En esta misma línea, el artículo 3 del citado Anteproyecto se recogen los fines que pretende lograr la norma de garantizar el respeto y cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el entorno digital, especialmente los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, así como el interés superior del menor en el desarrollo de los productos y servicios digitales, y fomentar un uso equilibrado y responsable de los entornos digitales, apoyar el desarrollo de las competencias digitales de la infancia en el entorno digital para hacer de éste un lugar seguro, entre otros. Las medidas que se recogen en la ley se despliegan desde una perspectiva amplia y multidisciplinar, alcanzando una protección integral de las personas menores de edad en el uso de dispositivos y medios digitales con una perspectiva preventiva, de atención e inclusión, con el fin de ofrecer a través de los canales adecuados herramientas que permitan anticiparse al desarrollo de problemas más graves, y fomentar entornos sin discriminación.

Ante las situaciones de violencia digital y otras conductas delictivas que tienen lugar en dicho entorno se introducen algunos cambios en el Código Penal. En primer lugar, se incorpora la pena de alejamiento de los entornos virtuales, para un mejor cumplimiento de la prevención general y especial en el ámbito de los delitos tecnológicos. En concreto, se modifican los artículos 33, 39, 40, 45, 48, 56, 70 y 83 del Código Penal para incorporar la pena de prohibición de acceso o de comunicación a través de redes sociales, foros, plataformas de comunicación o cualquier otro lugar en el espacio virtual, cuando el delito se comete en su seno. De este modo, se vincula el contenido de la pena a la naturaleza del delito, y se establece una mayor protección de las víctimas, evitando la reiteración de conductas punibles. En segundo lugar, se aborda específicamente el tratamiento penal de las denominadas ultrafalsificaciones, esto es imágenes o voces manipula-

das tecnológicamente y extremadamente realistas. A tal fin se incorpora un nuevo artículo 173 bis que sanciona a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias.

Técnicamente, se opta por la sanción la difusión de las ultrafalsificaciones de contenido sexual (las llamadas *deepfakes* pornográficas) o especialmente vejatorio en sede de delitos contra la integridad moral porque, en virtud del principio de consunción, se abarcarían los supuestos de lesión de la integridad moral y también los ataques contra el honor, pues ha de tomarse en cuenta no solo la afectación a la autoestima y la heteroestima, sino también la cosificación e instrumentalización que se produce sobre el sujeto pasivo, generalmente mujeres y niñas, niños y jóvenes que son tratados como objetos de consumo.

En cuarto lugar, en línea con el objetivo indicado, y tomando en consideración la incidencia de los supuestos de enmascaramiento de la propia identidad en este ámbito, también se introducen diferentes tipos agravados en los artículos 181, 182, 183, 185, 186, 188 y 189 que tienen que ver con el uso de identidades falsas a través de la tecnología, que facilitan la comisión de delitos contra las personas menores de edad.

En fin, se modifica también la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales a través de la disposición final quinta para elevar a los 16 años la edad a partir de la cual los menores de edad pueden prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

En segundo lugar, la LO 1/2025 ha modificado los juzgados unipersonales a tribunales de instancia que consistirán en órganos colegiados desde el punto de vista organizativo y estarán integrados por todos los jueces de primera instancia del territorio al que se extienda su ámbito competencial. A tal fin, existirá un tribunal de instancia por cada partido judicial, conformado, como mínimo, por una sección única, de civil e instrucción, o por una sección civil y otra sección de instrucción, además de poder completarse con secciones especializadas de familia, de lo mercantil, de violencia sobre la mujer, de enjuiciamiento penal, de menores, de vigilancia penitenciaria, de los contencioso-administrativo y de lo social.

Y, en tercer lugar, la Comisión de Seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Estado contra la Violencia de Género del Congreso ha aprobado el 17 de febrero de 2025 el dictamen del Pacto de Estado contra la Violencia de Género con el apoyo de todos los grupos menos Vox. En concreto, ha obtenido 34 votos a favor, tres en contra y ninguna abstención. Al respecto, los grupos parlamentarios han aprobado la propuesta de Informe para el nuevo dictamen. Este tiene 462 medidas, entre las que destacan la violencia de género, la vicaria, la digital y la económica. Asimismo, los grupos instan a aprobar la Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos. Para ello, se establecerán “los mecanismos adecuados” para la prevención, el refuerzo y recuperación integral de las víctimas de trata y explotación sexual, con una previsión de costes y una dotación adecuada de recursos humanos y económicos para su implementación y segui-

miento. También solicitan modificar la Ley Orgánica de protección de testigos y peritos en causas criminales “para mejorar la protección de víctimas, testigos y denunciantes del delito de trata”. Por otra parte, se quiere reformar la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para incluir como víctimas de género a aquellos menores que son víctimas de violencia vicaria tras la ruptura de la convivencia familiar, con ocasión del régimen de visitas.

En esta misma línea, se solicita promover desde el Ministerio de Igualdad, en el marco de sus competencias, las medidas que tiendan a garantizar una “formación especializada, inicial y continua” en materia de violencia vicaria para todos los profesionales que tengan un contacto habitual con los niños y adolescentes víctimas. Asimismo, se solicita facilitar la denuncia en sede policial a los menores “adaptando los servicios policiales a sus circunstancias, incluyendo los espacios físicos y las dependencias donde se recogen sus testimonios, las personas que les atienden y la metodología que se aplica para realizar el trámite testifical”. Al respecto, se demanda garantizar la especialización del personal que les atiende en este primer momento, con especial atención a los menores, víctimas de violencia vicaria.

También se reclama reconocer, regular y definir la violencia económica en el derecho como forma de violencia de género. Para ello, piden que se entienda “como acción de limitar, suprimir o controlar de manera injustificada e intencionada, el acceso de las mujeres a los recursos económicos de la familia, de la pareja o propios, así como de reducir o anular su capacidad económica presente o futura para mantener a sí misma, a sus hijas, hijos o para continuar con sus hábitos anteriores”.

Por otro lado, se pretende, de nuevo, sancionar a quienes sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral “difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, *softwares*, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología; de modo que, parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias (*Deep fakes*).

#### 4. DERECHO DE VISITAS, COMUNICACIÓN O ESTANCIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS.

El artículo 94.1 del Código Civil concede el derecho de visita al progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos menores, previsión que el precepto extiende tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio a los hijos mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión. Ahora bien, este derecho de visita compete no sólo a los progenitores, sino también con menor intensidad, a lo hermanos, abuelos, parientes y allegados del menor. De forma que, además de la regulación que ofrece el citado artículo 154, también los artículos 90.1 a) y b); 160 y 161 del citado cuerpo legal. En consecuencia, el convenio regulador podrá contener el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no convive con ellos; y si lo considera necesario, el régimen de visitas y comunicación nietos con los abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquellos; asimismo, el derecho de visitas del progenitor no custodio resulta compatible con el que eventualmente pudiera corresponder a hermanos, abuelos,

parientes y allegados (artículo 160.2)<sup>197</sup>. Si bien, esta compatibilidad tiene como límite que el derecho de visitas de los progenitores es más amplio en su contenido y extensión y preferente.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Primera 176/2008, de 22 de diciembre<sup>198</sup> “el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de su personalidad afectiva de cada uno de ellos. La comunicación y visitas del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión, salvo “graves circunstancias que lo aconsejen o se incumpliera grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. Por su parte, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2014<sup>199</sup>, así se configura en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor”; en el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992: “*En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres ambos con las mismas obligaciones, incluso, si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño*”. O en el artículo 24.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “*Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*”. El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. En este sentido, se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejercitable al respecto. Las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está contemplada en el artículo 94 del Código Civil cuando, después de admitir el derecho de visitas de los progenitores que o tengan consigo al hijo, añade el juez que “(...) podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen (...)”. Por su parte, la sentencia de este mismo Alto tribunal y Sala, de 9 de julio de 2002<sup>200</sup> señala, al respecto, que “el artículo 160 del Código Civil establece el derecho del padre o la madre a relacionarse con sus hijos; incluso, aunque no ejerzan la patria potestad. Resulta precepto imperativo al declarar que no podrá impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias. Y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario,



actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo a la edad de éste”.

Sobre tales bases, el derecho de visitas tiene lugar en el ámbito de la custodia individual respecto del progenitor no custodio<sup>201</sup> y, en el supuesto de guarda y custodia compartida corresponde al Juez fijar en la correspondiente resolución judicial el régimen de vistas de los hijo/os durante el tiempo que no conviven con ellos<sup>202</sup>. De forma que, los titulares de este derecho deben ser el cónyuge no guardador y los hijos menores, pues, es independiente tanto de la atribución del ejercicio como de la titularidad de la patria potestad<sup>203</sup>. En cuanto a su alcance, se acordará por los cónyuges en convenio regulador y, en su defecto, establecerlo el juez, aunque no lo solicite el cónyuge no guardador. En todo caso, el juez tiene amplia discrecionalidad para fijar el tiempo, modo y lugar de ejercicio de este derecho de visitas, atendiendo a las circunstancias del caso y, principalmente, al interés superior del menor<sup>204</sup>.

En este contexto, cuando hablamos del derecho de visitas, nos referimos a un concepto más amplio que incluye visitas, comunicación o estancia<sup>205</sup>. Al respecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 20 de junio de 2001<sup>206</sup> señala que “se trata, efectivamente, de relación y no visita, expresión ésta acuñada por la doctrina y jurisprudencia, pero que, sin embargo, tienen un significado diferente, ya que la palabra “visitas” significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto o cortesía o por cualquier otro motivo; mientras que la palabra “relación”, expresa un contenido mucho más amplio, en cuanto que la misma comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, en la que cabe entender incluidas las estancias del menor durante cierto tiempo en el domicilio del titular o titulares del derecho de visita. Precisamente, en este sentido amplio y desde una perspectiva meramente formal, el derecho de visita de los parientes y allegados se identifica con el del progenitor, que en caso de separación, nulidad o divorcio, no tiene consigo a los hijos menores o incapacitados, y al que se refiere el artículo 94 del Código Civil como “derecho de visitarlo, comunicar con ello y tenerlos en su compañía””.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE indica que, es “más correcto hablar de “derecho a relacionarse” de padres e hijos, o de otros parientes entre sí. Sin embargo, la expresión “derecho de visitas” está muy consolidada y presenta la ventaja de ser breve y suficientemente conocida”<sup>207</sup>. Asimismo, MARÍN LÓPEZ manifiesta que las expresiones “visitas y estancia deben interpretarse como sinónimas. La comunicación con el menor implica la posibilidad de establecer comunicación con él escrita, telefónica, etc., sin ningún tipo de limitación”<sup>208</sup>.

Ahora bien, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha destacado la importancia que tiene la fijación del régimen de comunicación entre los progenitores y sus hijos como mecanismo para mantener los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones parentales (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1149/2024, de 18 de septiembre). Es, por otra parte, un derecho de doble titularidad, al que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, en los términos siguientes: “debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un

derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo “graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. En definitiva, como señalamos en la STS 373/2013, de 31 de enero, cuya doctrina se ratifica en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1149/2024, de 18 de septiembre y 1695/2024, de 17 de diciembre: “debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque ambas funciones precisa el niño para el desarrollo emocional. El niño no puede ver cortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente por causa de las diferencias entre dichas personas”. También, se ha manifestado en tal sentido la sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 106/2022, de 13 de septiembre (FJ 2), cuando sostiene que: “debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente” sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 5). En el mismo fundamento de esta sentencia hemos referido que “los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex artículo 10.2 de la CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (artículo 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa””. Señala la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la “desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez” (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2000, asunto Scozzari y Giunta c. Italia, § 148). También, ha sostenido, en numerosas ocasiones, que “el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas” (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 1989, asunto Eriksson c. Suecia, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto Olsson c. Suecia, § 90). Constituye, pues, interés del niño que los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se infiere que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, “reconstruir” la familia (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de septiembre de 2000, asunto Gnahoré c. Francia, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto Jansen c. Noruega, § 88-93).

Por consiguiente, con carácter general, salvo justificadas excepciones, constituye el interés y beneficio de los hijos relacionarse con sus padres, no perder el contacto con ellos, mantener vivos los vínculos de unión inherentes a las relaciones paternofiliales, tan importantes para el desarrollo ulterior de la personalidad de los menores. Lo expuesto no significa, sin embargo, que no existan situaciones

en las que el interés superior del menor exija la suspensión del régimen de visitas y comunicación de los progenitores con sus hijos, las cuales son expresamente contempladas por el artículo 94 III del Código Civil, cuando norma que la autoridad judicial podrá limitar o suspender el régimen de visitas “si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”; sin perjuicio, además, de las prevenciones específicas que establece su párrafo cuarto. Así se ha hecho, por ejemplo, en los casos contemplados por las sentencias 129/2024, de 5 de febrero y 915/2024, de 26 de junio, entre otras)<sup>209</sup>.

En cualquier caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los asuntos Gnahoré c. Francia, § 59, y Jansen c. Noruega, § 88 a 93 (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000 y de 6 de septiembre de 2018) ha considerado que solo excepcionalmente estaría justificado el cese absoluto de dichas relaciones en casos cuya gravedad o especial naturaleza o circunstancias concurrentes lo aconsejaren<sup>210</sup>.

En este contexto, la Ley 8/2021, de 2 de junio ha modificado, precisamente, este artículo 94 y ante casos de violencia intrafamiliar, posibilita que, se puede acordar la suspensión o el no establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio. A tal fin, señala el apartado 4 del citado artículo 94 que, no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial. En esta línea, la Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) “que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y acto contra el interés superior del menor”. Por su parte, el artículo 1.3 y 4 de la Ley Orgánica 1/2004 señala que: “*La violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. Y, también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero —quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia—. Y, el artículo 1.2 de la LOPIVI dispone que: “se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital. En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico*

*o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar”.*

El derecho de visitas debe estar subordinado, como tantas veces hemos reiterado, al interés y beneficio del menor y en este sentido proteccionista se manifiesta bien claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto en su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padre, cuando conforme a la Ley y procedimiento aplicables, tal separación sea necesaria, en interés superior del niño y este sentido la LOPJM sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que, han de adoptarse aquellas medidas que sean adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues, progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integridad tanto familiar como social. El derecho de vistas ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor y en este punto se ha pronunciado el Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992 aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviese la misma nacionalidad para establecer que el derecho de visitas ha de suspenderse cuando se pone con elevada probabilidad directa y seriamente en peligro la salud del hijo en todas sus dimensiones y lo mismo, si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005<sup>211</sup> tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula la jurisdicción civil en cuanto a los hechos declarados probados y, los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para éste puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias, como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visitas; respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establecen con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes.

En esta línea, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de noviembre de 2015<sup>212</sup> se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otros de los hijos, valorando los *factores de riesgo existentes*<sup>213</sup>. Ciertamente, el Alto Tribunal opera sobre un concepto jurídico indeterminado “factores de riesgo existente”, muy en la línea de la redacción del artículo 94 del Código Civil en la citada fecha de la resolución y el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004<sup>214</sup>.

Asimismo, teniendo presente que, el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso que no pueda respetarse todos los intereses legítimos concurrentes deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Por lo que, este mismo Alto Tribunal y Sala, en sentencia de 11 de febrero de 2011<sup>215</sup> mantuvo la suspensión del régimen de visitas, dada la situación de violencia deducible de una orden de protección. Igualmente, en la sentencia de 13 de febrero de 2015, en un supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala de lo Civil, la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de septiembre de 2022<sup>216</sup>; y de 26 de junio y 10 de julio de 2024<sup>217</sup> han suspendido el régimen de visitas entre un padre condenado por violencia de género contra su mujer. En la primera resolución con la agravante de reincidencia y sobre su hija de cuatro años, al entender que los “desajuste psicológicos” que el progenitor padece actualmente le impiden desempeñar su rol paterno; y la segunda, el padre ha sido condenado por delitos de violencia de género contra la madre de la niña, igualmente, con el agravante de reincidencia. Además, el padre tiene dificultades de control de los impulsos y una reticencia a los tratamientos. A ello se añade un desinterés parental y la falta de madurez de la niña para asumir los contratos programados con su progenitor; y en la tercera resolución entiende que la comunicación entre padre e hijos es contraria al interés y beneficio de los menores. Existe una situación de violencia cronificada. Además el padre ha sido condenado como autor de tres delitos de violencia de género bajo la modalidad de maltrato habitual. Y, en fin, no se aprecian indicadores de evolución favorable del comportamiento paterno, que responde a un patrón de conducta inasumible perjudicial para sus hijos. En la última resolución, por su parte, se suspende el derecho de visitas del padre hasta que se dicte sentencia, y en función de lo acordado en ella, será el juzgado el que resuelva en ejecución de sentencia lo procedente sobre el régimen de comunicación de padre e hijos.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2017<sup>218</sup> en la sentencia recurrida se valora de forma extensa la situación de malos tratos que, entonces no se había enjuiciado; de forma que, se desaconsejaba cambiar el sistema de visitas y custodia. Las lesiones resultantes de la que fue objeto su esposa, quedaron constatadas medicamente y originadas en un enfrentamiento desencadenado por el hoy recurrente. Si bien, a la vista de ello, no se infringe la doctrina casacional, pues, en la sentencia recurrida se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitando someterla a riesgos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 29 de junio de 2012<sup>219</sup> en un padre condenado por un delito de violencia contra la madre y atendiendo a la doctrina que el recurso de casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, aplicando a este caso,

puesto que la sentencia de la Audiencia Provincial ha tenido en cuenta el interés del menor que se relaciona con su padre y familia paterna de forma satisfactoria y que cumple el derecho de vistas con recogida en un punto de encuentro, por tanto, con garantías adicionales para la efectividad de las vistas. Es la menor quien presenta el interés preferente a relacionarse con su padre, siempre que no se produzcan episodios que pueda perjudicarla, debiendo obviarse otros intereses como el manifestado por la madre. Por lo que, resulta procedente la modificación del derecho de visitas (artículo 90.3 del Código Civil).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2025<sup>220</sup> manifiesta que no procede el establecimiento de un régimen concreto de visitas a favor del padre. Estamos ante un menor de 16 años que puede relacionarse con su progenitor cuando libremente lo desee. Procede la revocación de la sentencia de la Audiencia que rechazó la suspensión de las visitas instadas por la madre. Ciertamente, mantener a toda costa y a pesar del reiterado desinterés y alejamiento del padre un régimen de visitas, aunque sea un fin de semana al mes, en aras de restaurar una relación paternofilial inexistente, es una decisión escasamente motivada y que resulta alejada del interés superior del menor. Asimismo, imponer un régimen de visitas con su padre de un fin de semana al mes con pernocta a un menor con una evidente madurez por su edad, no sólo no fortalecería las relaciones, sino que podría incidir negativamente en el menor, ya que el padre apenas lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias<sup>221</sup>.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 23 de septiembre de 2024<sup>222</sup> ampara a una madre a la que judicialmente se le reprochó no cooperar en el régimen de visitas en un contexto de violencia de género. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 8 de abril de 2024<sup>223</sup> ampara a un preso al que de manera irrazonable, se privó del derecho de visitas de sus hijos; y la sentencia de este mismo Tribunal de Garantías, Sala Segunda, de 2 de diciembre de 2024<sup>224</sup> ampara a una madre víctima de violencia de género frente a la introducción de las pernoctas en las estancias con el padre de la hija común.

En todo caso, como ocurre con la guarda y custodia compartida, esta situación de pendencia de proceso penal, o de la existencia de indicios fundados, en que aún no existe sentencia judicial puede resultar un tanto “incompatible” con la presunción de inocencia del progenitor denunciado, su derecho de defensa y la falta de garantías propias de un proceso penal —al operar en un proceso civil—; lo que genera cierta inseguridad jurídica, si luego resulta no condenado<sup>225</sup>. De ahí que, el Juzgado de Primera Instancia de Móstoles, sección 7.ª, mediante auto de 22 de marzo de 2022<sup>226</sup> haya planteado cuestión de inconstitucionalidad del artículo 94 párrafo cuarto del Código Civil por vulnerar lo establecido en los artículos 10.1, 14, 24.2, 39.1, 39.2 y 81.1 de la Constitución Española y, asimismo, queda en suspenso la decisión sobre el fondo del asunto en tanto no se resuelve la presente cuestión de inconstitucionalidad.

El auto del Tribunal Constitucional, Pleno, 186/2023, de 18 de abril<sup>227</sup> inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Se argumenta que, en el auto promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad no se justifica la relevancia de la constitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil en

orden a decidir el expediente de jurisdicción voluntaria promovido por el padre del menor. Es más, como resulta de la propia argumentación contenida en el auto promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad y como acertadamente advierte el fiscal general del Estado, el propio órgano judicial reconoce expresamente que puede eludirse la suspensión del régimen de visitas o estancias que el precepto establece, y que, por consiguiente, puede acordarse un régimen de visitas, comunicaciones o estancias, a través de una resolución motivada en el interés superior del menor. Por tanto, el auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad no desarrolla propiamente una argumentación que explique la vinculación existente entre la validez de la norma legal cuestionada y la respuesta que haya de darse a la pretensión ejercitada por el padre del menor.

El planteamiento del órgano judicial adolece, por tanto, de la indispensable fundamentación que explicita la relación directa entre la respuesta a la pretensión de suspensión del régimen de guarda y custodia a favor de la madre y el precepto legal cuestionado. Por tanto, no justifica que resulte imprescindible pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del precepto para resolver la solicitud planteada. Si admitimos ese modo de proceder se corre el riesgo de que la cuestión de inconstitucionalidad se convierta en un juicio de constitucionalidad en abstracto, desligado del proceso *a quo*, “lo que, cabalmente, no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento constitucional de este tipo” (SSTC 6/2010, de 14 de abril, FJ 2.º; y 147/2012, de 5 de julio, FJ 3.º; y ATC 57/2014, de 25 de febrero, FJ 4.º). En definitiva, como señala el fiscal general del Estado, procede la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por no haber superado el juicio de relevancia.

La insalvable deficiencia de carácter procesal que se ha expuesto en este fundamento, referida a la inadecuada formulación del juicio de relevancia y la necesidad de preservar el carácter concreto del control de constitucionalidad siempre vinculado al proceso *a quo*, nos impide el análisis de la eventual concurrencia del carácter notoriamente infundado o no de la cuestión de inconstitucionalidad sobrevenido con ocasión de la STC 106/2022, de 13 de septiembre, dictada en recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021.

Por su parte, recordemos que, el apartado 5 del artículo 94 del Código Civil entiende que, no procede en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos<sup>228</sup>.

Sobre tales bases, el artículo 160.1 del Código Civil, asimismo, prevé para el progenitor no custodio un derecho de visitas, comunicación o estancia con sus hijos menores, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública. Precisamente, a ésta corresponde regular las visitas y comunicaciones que, se otorgan tanto los progenitores, como a los abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores que, se encuentren en situación de desamparo. Dentro de su competencia, puede en interés del menor acordar motivadamente la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal (artículo 161 del Código Civil).



Por lo que, tanto el Juez puede fijar un régimen de visitas, o no concederlo, suspender el ya existente, optar por un régimen progresivo de visitas; o, en fin, que se lleve a cabo en un Punto de Encuentro Familiar, cuyo régimen jurídico y funcionamiento depende de cada Comunidad Autónoma<sup>229</sup>.

Ahora bien, en esta línea y en el ámbito específico de la violencia de género señalar que: 1. Por un lado que, atendiendo al criterio general previsto en el artículo 2.2 c) de la LOPJM —la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar adecuado y libre de violencia— el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 incluye a los menores como víctimas directas de la violencia de género; el artículo 61 de esta misma Ley hace hincapié en la obligación de los jueces de adoptar, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, las medidas cautelares y de aseguramiento previstas en esta Ley Orgánica 1/2004, especialmente de las contenidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que, fueran precisas. Al respecto, el mencionado artículo 66 establece que, el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. De no acordarse la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizar un seguimiento periódico de su evolución.

También, el Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse; en todo caso, sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución (artículo 65 de dicha Ley Orgánica).

Por otro lado, las Administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos. Así, las actuaciones de las administraciones públicas deben producirse de una forma integral, contemplando conjuntamente la recuperación de la persona menor de edad y de la madre, ambas víctimas de la violencia de género. Concretamente, se garantiza el apoyo necesario para que las niñas, niños y adolescentes, de cara a su protección, atención especializada y recuperación, permanezcan con la mujer, salvo si ello, es contrario a su interés superior. Ciertamente, en el hogar familiar los menores pueden ser víctimas directas de la violencia de género, o sufrirla indirectamente a través de la que se ejerce sobre sus madres por sus padres.

Para ello, los servicios sociales y de protección de la infancia y adolescencia asegurarán: a) La detección y la respuesta específica a las situaciones de violencia

de género; y, b) La derivación y la coordinación con los servicios de atención especializada a menores de edad víctimas de violencia de género.

Asimismo, se seguirán las pautas de actuación establecidas en los protocolos que en materia de violencia de género tienen los diferentes organismos sanitarios, policiales, educativos, judiciales y de igualdad (artículo 29 de la LOPIVI).

En este contexto, procede también señalar que, mediante escrito presentado en el registro de este tribunal el día 3 de septiembre de 2021, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, presentaron recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2.10 y 19 de 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.

Pues bien, responde a dicho recurso de inconstitucionalidad la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 13 de septiembre de 2022<sup>230</sup>, de la que ha sido ponente el magistrado Santiago Martínez-Vares García, indica que es obligado efectuar una lectura, que alejada del encorsetamiento en los dos primeros incisos del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil, examine el precepto impugnado de modo conjunto y sistemático. Afirma la sentencia que el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal. Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas y comunicación a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Por ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores.

La sentencia argumenta que el precepto impugnado no limita la posibilidad que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. El precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (artículo 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del artículo 94 del Código Civil.

### III. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Son diversos los criterios que, se establecen en función de las diferentes situaciones familiares, que pueden tener lugar. Si bien, nos referiremos a ellos de forma sucinta por razones de espacio.

#### 1. EXISTENCIA DE HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS.

El artículo 96 del Código Civil ha sido objeto de modificación por la Ley 8/2021. Ciertamente, se sigue considerando prioritario la protección de los hijos menores de edad. De ahí la importancia del principio de "*favor filii*", recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (artículo 3.1); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 24.2); la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2 y, en numerosos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)<sup>231</sup>.

Por tanto, el interés familiar que se ha tenido siempre en cuenta a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de la minoría de edad de los hijos, por entender que el interés de éstos es el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (artículo 96.1 del Código Civil)<sup>232</sup>. Ahora bien, si los hijos son encomendados al cónyuge titular, no se plantean problemas al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge<sup>233</sup>. Pero si el beneficiario del uso no es, precisamente, el titular o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que a él le corresponde respecto de sus hijos, ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (artículo 92.1 del Código Civil) como es la relativa a facilitarles habitación y, además que ésta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituye la vivienda familiar<sup>234</sup>. Si bien, esto no impide que la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pudiera ser otra distinta de la vivienda familiar<sup>235</sup>.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de enero de 2025<sup>236</sup> señala que, no existe problema alguno en una atribución del uso sin limitación temporal cuando al respecto exista acuerdo suscrito con el progenitor titular exclusivo de la vivienda, acto de disposición por parte de éste, en tal sentido, decisión de ambos progenitores cotitulares del inmueble que así lo acuerdan como deja a salvo el artículo 96.1 del Código Civil o una resolución judicial firme que lo haya acordado con eficacia de cosa juzgada al ser consentida por las partes, toda vez que la sentencia dictada en el procedimiento de separación, posteriormente ratificado en sentencia de divorcio, atribuye dicho uso mientras que madre e hijo vivan en el piso litigioso, pronunciamiento que no fue cuestionado, en su momento, por ninguno de los litigantes en su condición de progenitores del hijo común

Se trata de la sentencia que decretó la separación del matrimonio y atribuyó a la madre la custodia y al hijo (ahora demandados) el uso del domicilio familiar. Dicho título fue respetado en los ulteriores actos de disposición patrimonial de la vivienda; en concreto, en la donación de la misma por el padre a su otro hijo y en la posterior venta de la vivienda por dicho hijo a la mercantil ahora demandante, que no desconocía las concretas circunstancias posesorias del inmueble toda vez que se hizo expresa referencia a ellas en la escritura de venta, las cuales aceptó expresamente. Los demandados no son meros precaristas, sino poseedores con título atribuido por sentencia firme.

En este contexto, se comenzó a plantear la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que, se corre de “expropiar” al propietario sin que exista defensa para éste<sup>237</sup>. Lo cierto es que, el antiguo artículo 96 del Código Civil no establecía la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trataba de inexistencia de hijos (menores) y se atribuía la vivienda al cónyuge no titular. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96 no permitía pensar que el derecho de uso fuese indefinido, sino más bien que, no precisaba la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, se entendía que, la duración del derecho de uso estaba en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido siempre de fundamento. Ello llevó a considerar si era posible limitar la duración del uso a un plazo determinado, o a la mayoría de edad de los hijos o a cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de abril de 2011<sup>238</sup> considerando que, cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Así señala que *“el artículo 96 del Código Civil establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 del Código Civil); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimoniales, o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (artículo 233-30.1 del Código Civil catalán). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentes la titularidad sobre dicho bien”*. Y, añade la sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 que *“la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil”*<sup>239</sup>. Si bien, no faltaban pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —dos, tres, cinco años—<sup>240</sup>, o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos<sup>241</sup>, o que alcancen independencia económica<sup>242</sup>, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>243</sup> o la

venta de la vivienda familiar sobre el razonamiento que, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya sea a los fines de lograr en un plazo razonable, que no meramente formal o nominal la efectiva venta del patrimonio privativo; o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común, de tener tal condición la vivienda familiar.

No obstante, se había considerado que, existían dos factores que, eliminaban el rigor de la norma del mencionado antiguo artículo 96.1 cuando no existía acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación<sup>244</sup>; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código Civil catalán, que establece que en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el artículo 81.1 del Código Civil de Aragón)<sup>245</sup>. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que, tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores, y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que, deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad emocional del menor, y que a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* —sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición —pero que cubra las necesidades de habitación del menor—, sino también con proporcionar una respuesta adecuada a los problemas económicos que, resultan de la separación o del divorcio y que afectan directamente a los padres para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación o domicilio de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

Con la reforma por la citada Ley 8/2021, el apartado 1 del artículo 96 dispone que, a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el uso de la vivienda y de los objetos de uso ordinario de ella corresponde a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden; con un criterio, ahora si temporal, hasta que todos alcancen la mayoría de edad.

Una vez, tenga lugar tal circunstancia opera la extinción del derecho de uso. No obstante, para los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica, se atenderá a lo previsto en el ámbito de la regulación de los alimentos entre parientes; de forma que, las necesidades de habitación forman parte de lo previsto en el artículo 142 del Código Civil.

2 ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO A CADA PROGENITOR SE OTORGA LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNO DE LOS HIJOS

El artículo 96.1 apartado 4 del Código Civil sigue regulando la posibilidad que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida). Si bien, el legislador no establece ningún criterio que, permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge; por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del Juez. El criterio del “interés más necesitado de protección” no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso; en cuanto como tal no sirve para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y resolver las posibles situación de conflicto que se plantee, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar —ya que resulta evidente que el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda—; número de hijo que integran cada uno de los grupos familiares; estado de salud de los progenitores y, en su caso, de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos<sup>246</sup>.

Ahora bien, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga ésta en poder y posesión del cónyuge titular, obviando la posibilidad de atribución del uso<sup>247</sup>. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda<sup>248</sup>, o dividirla —si es posible su división material<sup>249</sup>; o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar.

3. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR CUANDO NO EXISTEN HIJOS

Si no hubiera hijos menores de edad o incapacitados, el artículo 96.2 del Código Civil dispone que “*no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado*”. Con la reforma se sigue manteniendo el empleo del verbo “podrá” por lo que, se continúa confiriendo a la atribución un carácter discrecional —se deja, precisamente, al arbitrio judicial—. No obstante, se supedita la atribución a que el cónyuge no titular sea el interés más necesitado de protección y, además, lo aconsejen las circunstancias del caso. De modo que, para la aplicación de esta medida sigue no resultando suficiente con que exista ese interés preferente, sino que se requiere algo más —la concurrencia de una serie de circunstancias—. El criterio que fija el artículo 96.2 del Código Civil sigue siendo más riguroso que el que establece el artículo 103.2 del citado cuerpo legal, que solo remite al Juez para su toma de decisión sobre la atribución del uso de la vivienda al interés más necesitado de protección en lo referente a las medidas definitivas. En todo caso, el juez no puede pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino que debe ser solicitada a instancia

de parte; a diferencia de lo que ocurre cuando hay hijos menores de edad, donde el juez necesariamente debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar<sup>250</sup>.

En este contexto, la concreción de lo que representa el principio del interés más necesitado de protección y de las circunstancias personales y socioeconómicas en las que se puede encontrar el cónyuge no titular, corresponde al órgano judicial en una adecuada ponderación de los intereses en juego, pues, la aplicación del artículo 96.2 tiene carácter excepcional y, por ende, su interpretación debe ser sumamente restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad de otro<sup>251</sup>. Entre las circunstancias a tener en cuenta hay que destacar: la situación económica y patrimonial de los cónyuges —sobre todo cuando impiden al cónyuge no titular disponer de medios económicos que le permiten acceder a otra vivienda mediante compra o alquiler—; personas que, aparte de uno de los cónyuges, se verían en su caso, obligados a abandonar la vivienda junto a él; las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución del uso, en concreto, la edad, estado de salud, su situación de discapacidad, su cualificación profesional; asimismo, si en la que constituía la vivienda familiar uno de los cónyuges desarrolla una profesión<sup>252</sup>; posibilidades de uno y otro de disponer de una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento, etc.<sup>253</sup>. Sobre tales bases, es patente que, en la valoración de los intereses en juego no operamos sobre parámetros objetivos, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que harán aconsejable atribuir el uso al interés más necesitado de protección.

Ahora bien, es posible que el juez después de valorar todas las circunstancias del caso llegue a la conclusión que no existe un interés más necesitado de protección; por lo que el uso deberá permanecer en manos del cónyuge titular de la vivienda. La titularidad cede sólo cuando se pruebe que, el interés del cónyuge no titular sea el más necesitado de protección y, además, las circunstancias hagan aconsejable que, sea el beneficiario del uso. No obstante, la fijación de tal uso será por el tiempo que prudencialmente el juez considere necesario<sup>254</sup>.

Seguimos en la senda del legislador de la atribución temporal del uso de la vivienda familiar.

En todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2023<sup>255</sup> señala que, el cónyuge titular del uso de la vivienda familiar que tiene atribuida la misma en un juicio matrimonial, no tiene la consideración de parte demandada necesaria en el proceso de ejecución hipotecaria de la vivienda; por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 7 de febrero de 2022<sup>256</sup> atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa por ser privativa de ella al haberse comprado al esposo durante el matrimonio, siendo originariamente privativa de él. Al respecto, se indica por la Sala que carece de fuerza vinculante la sentencia de divorcio que parte de la compra de la vivienda familiar por la esposa al esposo con respeto un juicio posterior de nulidad de la compraventa por simulación. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 18 de abril de 2024<sup>257</sup> manifiesta que, la sentencia que declaró disuelto el matrimonio entre los ahora litigantes acordó mantener la medida adoptada en la anterior sentencia de separación, que atribuyó el uso y disfrute de la que fue vivienda familiar por periodos semestrales de forma alternativa a cada uno de los esposos hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Tras sufrir un ictus y pasar a residir en una residencia geriátrica, la ex esposa interpuso demanda de



modificación de medidas solicitando que se atribuyera el uso de la vivienda en exclusiva al ex marido, abanándole a ella una determinada entidad durante los seis meses al año que le habría correspondido el uso de la vivienda establecida en la sentencia de divorcio. En contra del criterio del Juzgador de primera instancia, para la Sala sí existe una alteración de circunstancias muy relevante que justifica la modificación de la medida en su día acordada sobre el uso de la vivienda por cuanto la actora ha sufrido un ictus que le ha dejado gravísimas secuelas, pues padece graves limitaciones que le impiden utilizar el piso los seis meses que le fueron atribuidos por la sentencia de divorcio al ser dependiente para todas las funciones de su vida. Por tanto, a la vista de su situación actual, declara que la ex esposa tiene derecho a que se deje sin efecto la adjudicación en su favor del uso de la vivienda durante seis meses año, teniendo en cuenta, además que, no se le puede imponer a nadie el uso de una vivienda que no desea. No existe una obligación de usar la vivienda, o de tener atribuido ese uso. Sólo se puede conceder la atribución del uso de la vivienda a quien lo solicita, y solo en el caso de que alguien lo solicite; la atribución del uso de la vivienda está contemplada además en el artículo 96.3 del Código Civil como algo potestativo, no preceptivo (“podrá”, dice el precepto). Ahora bien, el Tribunal señala que lo que no puede pretender la demandante es que, una vez extinguida la atribución del uso de la vivienda en su favor, dicho uso se imponga en exclusiva al ex marido, y menos aún previo pago de una contraprestación mensual, como sí de un arrendamiento se tratase. Los cónyuges tienen acción para solicitar para sí la atribución del uso de la vivienda, pero carecen de acción para reclamar que se imponga al otro cónyuge la atribución de dicho uso, pues, dicha acción, literalmente, no existe. Por consiguiente, no siendo preceptiva la atribución del uso de la vivienda y no concurriendo ninguna circunstancia que justifique una atribución exclusiva a favor de alguno de los cónyuges, lo procedente es dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de divorcio sobre la atribución del uso de la vivienda a favor de la demandante, pero sin imponer la atribución del uso exclusivo de la vivienda al demandado. Por lo que, se concluye que no se puede imponer a ninguno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar que no desea.

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 2024<sup>258</sup> dispuso, al respecto, que el pacto del convenio regulador del divorcio por el que se adjudicaba a la esposa la vivienda familiar mantiene su validez, pese a la reconciliación de los cónyuges. Los litigantes firmaron un convenio regulador de su divorcio que incluía la liquidación del régimen económico matrimonial, que era el de separación de bienes. Respecto de la vivienda familiar, se acordó la disolución de la comunidad indivisa existente sobre la misma y su adjudicación a la esposa, que se subrogó en el préstamo hipotecario que la gravaba. Dicho convenio regulador no fue ratificado judicialmente por la reconciliación de los cónyuges y el archivo del procedimiento. En el presente proceso, la esposa ejercita acción declarativa de dominio respecto de dicha vivienda familiar, siendo la cuestión a resolver si, pese a no haber sido ratificado judicialmente, se mantiene la plena validez de los pactos alcanzados en el convenio.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Gavà, estimó la acción declarativa ejercitada y declaró el dominio y la titularidad única de la vivienda a favor de la demandante. Dicha resolución es confirmada por la Audiencia

Provincial de Barcelona. La Sala destaca que si bien, el convenio no fue ratificado judicialmente, tampoco se dejó a instancia de ninguna de las partes en el plazo de tres meses pactado.

Asimismo, valorando la conducta posterior de los cónyuges, señala que, aunque no siguiendo adelante con el divorcio, sí que cumplieron los pactos de carácter patrimonial establecidos en el convenio, pues, se repartieron el saldo de los depósitos bancarios de la esposa, como adjudicataria del inmueble, asumió el pago de las cuotas hipotecarias hasta la cancelación de la carga, sin reclamar cantidad alguna al marido.

No consta probado que el marido haya compensado el pago de las cuotas hipotecarias con la atención a otros gastos familiares, ni que devolviera a la esposa las semas por ella abonadas. Por otra parte, el Tribunal considera que la no inscripción de la adjudicación de la vivienda a favor de la esposa en el Registro de la Propiedad no determina que no haya existido la misma, ya que la inscripción no tiene efecto constitutivo de la transmisión del dominio. En definitiva, siendo los cónyuges libres de contratar, al margen que el convenio regulador se apruebe judicialmente o no, y habiendo sido los propios interesados quienes dotaron de inmediata efectividad a lo pactado, la sentencia concluye que carece de relevancia, a los efectos del éxito de la acción declarativa de dominio ejercitada por la esposa, que se produjera la reconciliación.

Por el contrario, lo que no puede admitirse, por ser contrario a los principios de buena fe, es que, después de siete años en los que la demandante cumplió con la obligación asumida de pagar la hipoteca, una vez cancelada ésta, pretenda el demandado obviar el acuerdo alcanzado para disolver la copropiedad, ejercitando en un nuevo proceso de divorcio (suspendido por prejudicialidad civil) la acción de división de cosa común.

#### 4. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CASO DE CUSTODIA COMPARTIDA

Como hemos analizado en líneas precedentes, el régimen de custodia compartida puede acordarse en un primer momento o con posterioridad en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de las circunstancias<sup>259</sup>.

En este contexto, hay que señalar que, la última reforma del artículo 96 Código Civil no introduce ninguna regla especial en cuanto a la atribución del uso de la vivienda en caso de guarda y custodia compartida<sup>260</sup>.

Las posibilidades siguen siendo: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los períodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en guarda y custodia<sup>261</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2024<sup>262</sup> precisa que no procede el sistema de “casa nido” si no media acuerdo entre los ex cónyuges. Para adoptar este sistema es imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento entre los progenitores para planificar la organización y no debe acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de ellos se opone, pues, si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio<sup>263</sup>. De forma que, para la atribución de la vivienda

resulta lógico que se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores el que disponga el otro progenitor de otra vivienda, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc.<sup>264</sup>; o se atribuye de forma conjunta a ambos<sup>265</sup>; o al padre o a la madre e hijos, mientras vivan con ella<sup>266</sup>; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges o pertenecer a un tercero se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 96 que, regula el supuesto de que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el Juez lo que estime precedente, con posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso<sup>267</sup>; c) Que no se realice atribución ninguno de los progenitores ni a los hijos<sup>268</sup>; d) Se atribuya al cónyuge más necesitado de protección con limitación temporal en la mayoría de los casos<sup>269</sup>; o e) Se atribuya la vivienda familiar a los menores hasta la momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales<sup>270</sup>.

En todo caso, la falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas<sup>271</sup>.

## 5. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO MAYOR DE EDAD

Como hemos indicado en líneas precedentes, en caso de hijos mayores de edad que, no han alcanzado la independencia económica, la atribución de uso de la vivienda se hará conforme lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil (artículo 96.1 párrafo 3). Por lo que se admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien cuantificando la cantidad indispensable para la habitación e incluyéndola en la prestación de alimentos, o bien, recibiendo y manteniendo a los propios hijos en la propia vivienda.

En esta línea, se había pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017<sup>272</sup> que, reitera la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de 29 de mayo de 2015, e indica al respecto que, “la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda deja en situación de igualdad a marido y mujer antes este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación, que tienen necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés superior de protección, que a partir de entonces justifiquen y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 del Código Civil establece a falta de acuerdo entre los cónyuges”. También hace referencia a la sentencia dictada por la misma Sala de 6 de octubre de 2013 en la que se indica, con referencia a jurisprudencia anterior que “sin duda el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación”.

Se opta por la temporalidad en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Así en la sentencia de la Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2024<sup>273</sup> cuando los hijos son mayores de edad se atribuye a la demandante el uso de la vivienda familiar por un plazo de un año a contar desde la fecha de la sentencia de casación, que se considera, además, suficiente para que los litigantes procedan, en su caso, a obtener los rendimientos económicos de la vivienda, bien por medio de su

enajenación o a través de su arrendamiento al tiempo que pueden buscar la forma de satisfacer sus necesidades de habitación, todo ello sin perjuicio y, en defecto, de los acuerdos que pueden alcanzar las partes.

Si bien, las Audiencias Provinciales continúan utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradiciendo la doctrina de la Sala.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 25 de marzo de 2024<sup>274</sup> fija como doctrina que alcanzada la mayoría de edad por el hijo común, no puede prorrogarse el derecho de uso de la vivienda otorgado por razón de la guarda. En el proceso de modificación de medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de los litigantes, la sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda de la ex esposa y acordó la prórroga del uso de la vivienda familiar a su favor por el tiempo que el hijo común necesite para terminar sus estudios de grado medio de Formación Profesional o, en su caso, universitarios, con un máximo de 6 años. El ex marido interpone recurso de apelación aduciendo que no se puede prorrogar un derecho de uso concedido por razón de la guarda por pacto entre las partes. La Audiencia Provincial estima el recurso y decreta la extinción de la atribución del uso y disfrute de la vivienda que fue familiar a favor de la ex esposa y del hijo común, una vez alcanzada por éste la mayoría de edad.

Declara la resolución que no procede en ningún caso la prórroga o mantener el uso de vivienda conyugal cuando éste se ha atribuido única y exclusivamente por razón de la guarda. En este sentido, señala que legalmente no contempla la necesidad habitacional de los hijos mayores de edad como causa para la atribución de tal derecho de uso, ni para su prórroga.

Asimismo, aclara que el interés de los hijos mayores de edad que todavía no ha alcanzado la independencia económica puede venir protegido por el deber de alimentos, pero no vincula el uso de la vivienda al tratarse de una cuestión atinente únicamente a la situación de necesidad de cada progenitor, y ello con independencia que el padre pueda tener cubierta sus necesidades de vivienda. De este modo, si como consecuencia de la extinción del derecho de uso surge una nueva necesidad habitacional o gastos para el hijo mayor de edad dependiente económicamente, ello deberá tener su correspondiente repercusión, en su caso, en la pensión de alimentos, lo que se podrá plantear cuando la progenitora abandone la vivienda conyugal, valorando conjuntamente la necesidad de vivienda con el incremento patrimonial que ambas partes habrán tenido al percibir la mitad del precio de la venta de la vivienda familiar. Por último, la Sala rechaza que proceda la prórroga del derecho de uso de la vivienda por ser el de la esposa el interés más necesitado de protección. Se subraya también la mayor necesidad de uno de los cónyuges no puede aceptarse ya como criterio de atribución del uso, pues, debe darse cuando se produce el divorcio, y razón de dejar de vincular las economías de ambos cónyuges. En fin, añade que de la regulación del Código Civil catalán no se deduce que pueda cambiarse la causa de atribución para pasar de la atribución por razón de la guarda a la atribución por razón de necesidad del cónyuge surgida posteriormente, y en todo caso, en el supuesto examinado, tampoco se cumplirían los requisitos procedimentales exigidos, pues, de haberse otorgado el uso originariamente además de por la custodia, por razón de ser su interés más necesitado de protección, se hubiera tenido que solicitar la prórroga en el plazo de los 6 meses

anteriores a la extinción por haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ese plazo ya ha transcurrido.

Ahora bien, en la reciente reforma del artículo 96 se prevé el hecho que, el hijo menor esté en situación de discapacidad y que tal situación se mantendrá una vez llegue el hijo a la mayoría de edad. A tal fin, se prevé que el hijo menor de edad y el cónyuge en cuya compañía quede, puedan continuar en el uso de la vivienda tras la mayoría de edad. Si bien, la autoridad judicial habrá de determinar el plazo de duración de este derecho de uso, atendiendo para ello a las circunstancias concurrentes (artículo 96.1 último párrafo). Se dispone, pues, una atribución temporal de dicho uso.

## NOTAS

<sup>1</sup> \* El estudio se divide en dos partes.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (1986). "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prologo". En: P.J. Viladrich (coord.). *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 26-27 señala que "la nueva disciplina del hogar familiar, que llega a España con la última reforma —precedida de abundantes precedentes extranjeros— y corresponde a un sistema de disciplina familiar basado en otros principios —plena igualdad del marido y la mujer en obligaciones y facultades y derechos; minusvaloración del matrimonio; equiparación de los hijos nacidos de éste y los no matrimoniales—, nos han traído, al fin, la sustantivación del concepto de vivienda familiar; y ello en dos frentes, a saber, uno, el de protección del hogar común frente a la decisión del dueño del local o de los objetos domésticos de enajenar aquél o éstos (nuevo artículo 1320); otro el de conservación del hogar para la parte con interés familiar prevalente en las situaciones de crisis del matrimonio (artículos 90, 96, 103), y cuando éste se disuelve por muerte del cónyuge (art. 1406)". Y añade "El hogar, a través de los objetos materiales, tiene también una consistencia inmaterial que merece protección, y a la que habrá de atender el juzgador".

Igualmente, precisa CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). "Protección legal de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* año LXIV, septiembre-octubre, núm. 588, p. 1584 que, la tendencia protectora de la vivienda familiar se plasmó definitivamente en el Código Civil español tras la profunda reforma introducida en el Derecho de Familia por la Ley 13 de mayo de 1981, antes de ello no existe ningún antecedente directo en este sentido.

Por su parte, HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil". En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil* T. II, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, p. 587, "la regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar; desde el que han de considerarse no sólo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar; con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda".

<sup>2</sup> SERRANO ALONSO, E. (1986). "La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio", *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ M. (1997). *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: McGraw Hill, pp. 39-40; GARCÍA CANTERO G. (1986). "Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español", *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, pp. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1988). "Protección legal de la vivienda familiar", *op. cit.*, pp. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ E. (1999). *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, pp. 11-12.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 diciembre 1994 (RJ 1994,1030), que estima que es "un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario"; las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 10 mayo 1993 (AC 1993,1050); de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 septiembre 1996 (AC 1996,1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 8 septiembre 1997 (AC 1997,1914); de la misma Audiencia y sección, de 23 abril 1998 (AC 1998,4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.<sup>a</sup>, de 2 marzo 1999 (AC 1999,4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 21 noviembre 2000 (JUR 2001,62709); de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 sep-

tiembre 2003 (JUR 2004,25749); y, de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 noviembre 2003 (JUR 2003,277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

<sup>3</sup> ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). “Constitución y vivienda familiar”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, p. 49.

<sup>4</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, Pamplona: Aranzadi, pp. 46 y 194.

<sup>5</sup> HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). “Comentario al artículo 1320 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”. En: C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 7.ª ed, Madrid: Colex, p. 240, entiende por vivienda habitual “el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar”.

<sup>6</sup> RJ 1996,9020. Para las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 30 diciembre 1995 (AC 1995,2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido “por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, de 28 septiembre 2007 (JUR 2007,353384) señala que “la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar”.

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>8</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.*, p. 187.

<sup>9</sup> RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, p. 99.

<sup>10</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. (1984). “Comentario al artículo 70 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid: Tecnos, p. 349.

<sup>11</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.*, p. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 27 noviembre 1993 (AC 1993/2235).

<sup>12</sup> HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). “Comentario al artículo 1320 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 588.

<sup>13</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). “La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, número 582, julio-agosto, p. 1436.

<sup>14</sup> TAMAYO CARMONA, J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 34; ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J.A. (1986). “Constitución y vivienda familiar”, *op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>15</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1986). “Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español”. En: P.J. Viladrich (coord.). *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Universidad de Navarra, p. 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). “La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 582, sep-



tiembre-octubre, p. 1437; BELDA SÁENZ, M.<sup>a</sup> C. (1985). "Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español", *Revista de Derecho Privado*, abril, p. 337; TAMAYO CARMONA, J. A., Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, *op. cit.*, p. 34. Siguiendo el criterio de la accesoriedad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, ALEJÁNDREZ PEÑA, P. (2010). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil". En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, p. 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar". En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Navarra: Aranzadi, p. 285, el criterio de la accesoriedad es subsidiario del de segregación; y en el medida en que ésta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

<sup>16</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.*, pp. 208-209; HERRERO GARCÍA M.<sup>a</sup> J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.*, p. 589; LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.*, p. 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquél que es a la vez vivienda habitual de la familia. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, 8 julio 1999 (AC 1999,1782) atribuye el uso de la vivienda al esposo por ser su lugar de trabajo en ausencia de hijos y considerarle el interés más necesitado de protección.

<sup>17</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, undécima edición, Madrid: Edisofer, p. 149.

<sup>18</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, pp. 216-217; TAMAYO CARMONA J. A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, *op. cit.*, p. 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). "La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia", *Aranzadi Civil*, p. 81.

<sup>19</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, p. 213; HERRERO GARCÍA, M.<sup>a</sup> J. (1991). "Comentario al artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.*, p. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). "La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.<sup>a</sup> Del P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona: Aranzadi, p. 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", *op. cit.*, p. 204.

<sup>20</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

<sup>21</sup> Vid., ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, pp. 45 y 226; CUENA CASAS, M. (2011). "El régimen jurídico de la vivienda familiar", *op. cit.*, p. 291; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., "La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia", *op. cit.*, p. 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). "La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 1439-1440 nota 20 "considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial". Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (RJ 1997,2731); del Pleno, de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148); de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008,4062);

de 30 octubre de 2008 (RJ 2009,404); y, de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011,6708) en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del ex miembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiendo que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

<sup>22</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA G. (2012). “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 CC?. Comentario a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio, p. 607; y, vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996,9020); de 1 de abril de 2011 (RJ 2011,3139); de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585,2012); y, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015,355); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 8 de noviembre de 2006 (RJ 2007,1666); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 1 de marzo de 1999 (AC 1999,4354); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 8 de marzo de 2001 (AC 2001,785); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 3 de mayo de 2016 (JUR 2016,105791).

<sup>23</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148); y, de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009,404).

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 (RJ 2001,4993); y, de 16 de julio de 2002 (RJ 2002,6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

<sup>24</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 (RJ 2001,4770); de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005,7148); de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008,3345); y, de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009,404). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 19.ª, de 24 de abril de 1998 (AC 1998,5078).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998,1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

<sup>25</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 (JUR 2008,51364).

<sup>26</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.ª (1991). “Comentario al artículo 400 del Código Civil”. En: dirigidos por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, p. 1103.

<sup>27</sup> La Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2017 (BOE, núm. 45, 22 febrero 2017, pp. 12442-12447) dispone que, cuando la cuota tiene carácter ganancial ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes gananciales. Esto significa que con arreglo a los artículos 1377 y 1378 del Código Civil para que pueda ser inscrito el decreto de adjudicación derivado de la ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de división de la comunidad será imprescindible que se dé alguna de las siguientes circunstancias: “1. Que la demanda por la que se ejercita la acción de división haya sido interpuesta por los dos cónyuges; 2. Que, habiendo sido presentada dicha demanda solo por uno de los esposos, el otro figure entre los demandados; o, 3. Que el cónyuge que no ha intervenido en el procedimiento preste su consentimiento en documento público al acto por el que se materialice la división de la cosa común”.

<sup>28</sup> Vid., entre otros, CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). “Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España”, *Revista de Derecho Patrimonial*,

septiembre-diciembre, p. 6 (versión digital); DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias española e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 752, noviembre-diciembre, p. 3424.

<sup>29</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992,10684); de 14 de julio de 1994 (RJ 1994,6439); de 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995,9144); de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999,3428); de 26 de junio de 2007 (RJ 2007,3448); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009,524); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453,2011), y, de 1 de abril de 2015 (RJ 2015,4787); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 (AC 1993,1181); de la Audiencia Provincial de Almería, de 29 de junio de 1994 (AC 1994,1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 29 de abril de 1998 (AC 1998,4472); de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 4 de febrero de 2000 (AC 2000,163); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 10 de abril de 2000 (AC 2000,1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 8 de mayo de 2000 (AC 2000,1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 13 de octubre de 2000 (JUR 2001,89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 23 de septiembre de 2002 (AC 2003,114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007,139318); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.ª, de 26 de marzo de 2012 (JUR 2012,148901); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 29 de enero de 2016 (JUR 2016,52809); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 2 de febrero de 2011 (AC 2011,819).

<sup>30</sup> RJ 2010,2323.

<sup>31</sup> RJ 2010,1274.

<sup>32</sup> RJ 2012,3383. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 2021 (Roj. STS 1108/2021; ECLI:ES:TS:2021:1108); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,29482).

<sup>33</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1998). “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, *Actualidad Civil*, p. 384 señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que, los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; en este sentido, ROBLEDO VILLAR, A. (1995) “La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial”, *La Ley* 1995-4, p. 985.

<sup>34</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, op. cit., p. 509; GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). “Atribución del uso de la vivienda familiar y “*actio communi dividundo*”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 enero-6 febrero, p. 84; CUENA CASAS, M. (2011). “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, op. cit., p. 361.

<sup>35</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2010 (RJ 2010,6031); y, de 24 de marzo de 2011 (RJ 2011,3007).

<sup>36</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 19 de diciembre de 2000 (AC 2001,6); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 13.ª, de 18 de febrero de 2002 (JUR 2002,115579).

<sup>37</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.ª, de 21 de octubre de 2005 (JUR 2005,252353).

<sup>38</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., p. 543; de la misma autora (2019). “El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza”, *Diario La Ley*, núm. 9332, sección Doctrina, 8 de enero, p. 2. Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 3 de febrero de 2014 (RJ 2014,1568); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 2 de septiembre de 2002 (JUR 2002,271492) ha perdido el carácter familiar

por habitar una nueva familia, diferente a la originaria, al haberse casado la demandada, estableciendo en la vivienda litigiosa su domicilio conyugal, acordándose ante esta situación que el derecho de uso subsista hasta que se proceda a la división o venta de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.<sup>a</sup>, de 16 de septiembre de 2002 (JUR 2002,281274); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2004 (JUR 2004,296197); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 4 de noviembre de 2005 (JUR 2006,15978); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2007 (AC 2007,505); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2009 (JUR 2010,34610); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 12 de junio de 2018 (JUR 2018,223603).

Por el contrario, se entiende que no procede la supresión, sin disponer ningún otro efecto, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 1995 (AC 1995,2449); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 7 de junio de 2013 (JUR 2013,264269); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 4 de enero de 2016 (JUR 2016,63874).

<sup>39</sup> CUENA CASAS, M. (2014). "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, pp. 33-34; ELORRIAGA BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., p. 564; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2012). "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana", op. cit., pp. 3410-3411. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 1995 (AC 1995,2219); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de junio de 1999 (JUR 1999,272220); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003,196943); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 31 de mayo de 2007 (JUR 2007,312681); y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4.<sup>a</sup>, de 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320,2018) los cónyuges pactaron una utilización de la vivienda familiar al 50% por ser susceptible de división física. El padre solicita una nueva distribución de los elementos del domicilio, alegando que la madre ha rehecho su vida con otra pareja en cuyo domicilio convive. Sin embargo, la Audiencia desestima esta pretensión y acuerda mantener lo acordado por falta de prueba de la convivencia de la madre con su nueva pareja, y además señala que "no puede hacerse depender la necesidad de vivienda del hijo menor de la estabilidad sentimental de la madre con la nueva pareja, ello en el supuesto en que se hubiese demostrado que conviven los tres en otra vivienda distinta a la familiar".

<sup>40</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2016 (JUR 2016,131580).

<sup>41</sup> Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 16 de julio de 2002 (JUR 2002,227646).

<sup>42</sup> Roj: STS 3882/2018; ECLI:ES:TS:2018:3882.

<sup>43</sup> En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2019 (RJ 2019,4495); y, de 23 de septiembre de 2020 (RJ 2020,3531). Adoptando esta doctrina vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2018 (JUR 2018,64717) que, es objeto del actual recurso de casación y obviando la posición fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valladolid, de 14 abril 2017, objeto de recurso de apelación, en el que se mantuvo el uso y disfrute de la vivienda familiar pese a la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero; y, sin embargo, se acordó modificar el importe de la pensión alimenticia reduciendo los 500 euros mensuales que estipuló la sentencia de divorcio en 400 euros mensuales —doscientos por cada hijo—. Se opta en lugar de por la extinción del uso, por reducir la pensión alimenticia.

<sup>44</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de octubre de 2008 (RJ 2008,6923); de 28 de abril de 2016 (RJ 2016,2216); y, de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018,352) acción de división de la cosa común ejercitada por el padre a la que se allanó la madre adjudicándose la aquél en subasta pública. Estamos ante una situación de precario en la

que no cabe oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario de la vivienda enajenada en pública subasta, con independencia que éste sea un tercero ajeno al núcleo familiar o la pareja de hecho y copropietario del bien, al haber consentimiento expreso en el convenio de cesación del uso con la venta de la vivienda. Interés del menor protegido al fijarse ese plazo para el uso y contar, además, la madre con otra vivienda de su propiedad. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2012 (JUR 2012,368684).

<sup>45</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010,1274); y, de 11 de noviembre de 2010 (RJ 2010,8048).

<sup>46</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2021). “Comentario al artículo 96.3 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 159.

<sup>47</sup> Precisamente, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana se refiere al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible disponiendo al respecto: “1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes. 2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente (...)”.

<sup>48</sup> El Tribunal Constitucional recibe un total de ocho recursos de inconstitucionalidad contra la Ley por el derecho a la vivienda procedentes de la Generalitat de Cataluña; la Xunta de Galicia; el Gobierno Vasco, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, la Junta de Andalucía, el Consejo de Gobierno de las Illes Balears, y, el Partido Popular (Vid., recurso de inconstitucionalidad número 1306-2024, contra los artículos 3; 11.2; 26; 18.2, 3 y 4; 19.2 y 3; 27.3; disposición adicional tercera; disposición final quinta y disposición final séptima. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de abril de 2024, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1306-2024, promovido por la Xunta de Galicia (BOE, número 90, de 12 de abril de 2024, p. 40653; Recurso de inconstitucionalidad número 5518-2023 contra los artículos 8 a); 15.1; 16.1 d); 17.4; 18.2, 3 y 4; 19.3; 27.1 y 3; 28.1 y disposición final quinta. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de septiembre de 2023, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5518-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (BOE, número 236, de 3 de octubre de 2023, p. 132303); Recurso de inconstitucionalidad número 1278-2024 contra los artículos 2, letra c), d) e) f) g), h), i), j), m), n) o), p), q), r) y s); 12; 15, apartados 1 d) y 4; 16; 17; 18, apartados 1, 4, 5 y 6; 23; 24; 27, apartado 1, párrafo tercero, 2 y 3; 28 y 29; disposición transitoria primera, párrafo segundo; disposición transitoria segunda y disposición final séptima, apartado 1. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de abril de 2024, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1278-2024 promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña (BOE, número 90, de 12 de abril de 2024, p. 40652); Recurso de inconstitucionalidad número 5516-2023, contra los artículos 8 a) y c); 11.1 e); 15.1; 16.1 d); 18.2, 3 y 4; 19.1 y 3; 27.1 y 3; 28.1; 35; disposición adicional tercera; disposición transitoria primera, párrafo 2; disposición final primera, apartados uno, tres y seis; y disposición final quinta. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de septiembre de 2023, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5516-2023 promovido por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears (BOE número 236, de 3 de octubre de 2023, p. 132302); Recurso de inconstitucionalidad número 1301-2024, contra los artículos 3, 10.2, 15.1 d); 15.1 e); 16; 17 y 18; disposición adicional tercera; disposición transitoria segunda.1; disposición final primera, apartados uno, tres y seis, y disposición final cuarta. El Pleno del Tribunal Consti-

tucional, por providencia de 12 de marzo de 2014, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1301-2024, promovido por el Gobierno Vasco (BOE número 69, de 19 de marzo de 2024, p. 31749).

Al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado parcialmente, por mayoría, el recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contra los artículos 3 f), g) y k); 8 a) y c); 9 e); 11.1 e); 16; 18 apartados 2, 3 y 4; 19 apartado 1, inciso segundo, y apartado 3; 27 apartado 1, párrafo tres y apartado 3; 28; 29; 32; 33; 34; 35 y 36; disposición adicional tercera; disposición transitoria primera; disposición final primera apartados uno, tres y seis; disposición final cuarta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo por el derecho a la vivienda. El Tribunal en sentencia del Pleno 79/, 2024, de 21 de mayo de 2024 (BOE, número 152, de 24 de junio de 2024, pp. 73148 a 73194) aprecia que, por primer vez, el Estado ejercita su potestad que le confiere el artículo 149.1.1. de la CE para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La sentencia de la que ha sido ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga, partiendo del reconocimiento como derecho constitucional del derecho a la vivienda, y de la competencia del Estado para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en su ejercicio ex artículo 149.1.1 de la CE, ha desestimado la mayor parte de las quejas; si bien, ha concluido que parte de los preceptos impugnados incurre en un exceso competencial, invadiendo las competencias autonómicas en materia de vivienda, lo que conduce a su declaración de inconstitucionalidad y nulidad.

En concreto, la declaración de inconstitucionalidad afecta a los siguientes preceptos: el artículo 16, que establece el régimen de vivienda protegida, porque tiene un nivel de detalle excesivo y por establecer un régimen de aplicación supletoria, sin que el Estado pueda dictar normas con la exclusiva competencia de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias de la exclusiva competencia de estas, extendiéndose la declaración también de inconstitucionalidad también a la disposición transitoria primera (relativa al régimen de viviendas que ya estuvieran calificadas definitivamente como protegidas a la entrada en vigor de la Ley), ya que su finalidad es, *sensu contrario*, someter a las viviendas que aún no lo estuvieran a la Ley 2/2023; el artículo 19.3, segundo inciso, que establece la información mínima que, en caso de ejercitar la facultad de declarar las zonas de mercado residencial tensionado, tendría que requerirse a los grandes tenedores, ya que la determinación de este aspecto debe corresponder a las Comunidades Autónomas; y, por último, los apartados 1, párrafo tercero, y 3 del artículo 27, regulador del concepto, finalidad y financiación de los parques públicos de vivienda, por incurrir en un exceso en la determinación de la composición de los parques públicos de vivienda sin encontrar cobertura en el artículo 149.1.1. y 13 CE (apartado 1, párrafo tercero), y por resultar contrario al principio de autonomía financiera, al prever la afectación finalista de ingresos procedentes de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda y de la gestión de los bienes integrantes de los parques públicos de vivienda (apartado 3). El resto de las quejas son desestimadas, por no apreciarse las vulneraciones competenciales que se denuncian en el recurso, o por insuficiencia del levantamiento de la carga argumentativa. Han anunciado voto particular los magistrados Ricardo Enríquez, Enrique Amaldo, Concepción Espejel y César Tolosa, por entender que la declaración de inconstitucionalidad deberían extenderse a otros preceptos impugnados por el recurrente.

Asimismo, el Pleno del Tribunal Constitucional ha estimado parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, que se dirigía contra determinados preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, por razones competenciales y sustantivas. Ha sido ponente la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga. En aplicación de lo dispuesto en la STC 79/2024, de 21 de mayo descrita en líneas precedentes, una gran parte de los motivos de este recurso pierden objeto o quedan desestimados por remisión. La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2025 (LA LEY 7314,2025)



examina: a) El artículo 15.1 b), c) y d), por exceso en el ejercicio de las competencias estatales de los artículos 149.1.1 y 13 de la CE. Subsidiariamente, en cuanto al artículo 15.1 c), también se alegaba vulneración de la autonomía local; b) El artículo 31.1 y 2, por exceso en el ejercicio de la competencia sobre legislación civil; c) La disposición final primera tres, por lesión del derecho de propiedad (artículo 33 de la CE); y d) La disposición final quinta, apartados dos y seis, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

La sentencia desestima todas las impugnaciones competenciales referidas al artículo 15.1 de la Ley 12/2023, entendiendo que supone legítimo derecho de las competencias estatales del artículo 149.1.1 y 13 de la CE. La queja relativa a la autonomía local también se descarta, porque el grado en que se reduce la capacidad decisoria de los ayuntamientos es correlativo a la importancia de los intereses supralocales afectados.

También se desestima la impugnación referida al artículo 31.1 y 2 der la Ley, que establece la información mínima que la persona interesada en la compra o arrendamiento de una vivienda en oferta podrá requerir antes de la formalización del contrato porque resulta, encuadrado en el título competencial del artículo 149.1.8 de la CE. La finalidad del precepto es garantizar la transparencia de la operación contractual, por más que la regulación busque también proteger el derecho a la vivienda.

En relación a la disposición final primera tres de la Ley que, impone una modulación de la renta del contrato de arrendamiento de vivienda en la zona de mercado residencial tensionado, la sentencia aprecia una relación razonable o equilibrio justo entre los medios empleados y la finalidad pretendida. La medida afecta al derecho de la propiedad sobre la vivienda, pero no vulnera el contenido esencial del mismo, teniendo en cuenta que se proyecta sobre una expectativa de beneficio económico que no lo conforma, a que se obliga a poner la vivienda en el mercado del alquiler y no se obliga, en ningún caso, a fija un precio antieconómico. La restricción no es irrazonable ni desproporcionada, dado que la renta máxima se fija en un valor objetivo determinado por referencia al valor del mercado, y, en todo caso, esa limitación tiene una vocación de temporalidad. Se desestima así la alegada vulneración del artículo 33 de la CE.

En último lugar, se examinan dos apartados de la disposición final quinta de la Ley, que modifican diferentes aspectos de la Ley de enjuiciamiento civil para establecer requisitos para la admisión a trámite de las demandas de recuperación de la posesión y de inicio de la vía de apremio en la subasta de bienes inmuebles. Los recurrentes impugnan la obligación, común para ambas pretensiones, de acreditar por parte del demandante que es un gran tenedor de vivienda si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica. La sentencia entiende que las medidas no resultan razonables y proporcionales. Esto lleva a la estimación del recurso en este punto y también en otros por conexión y consecuencia.

Han anunciado voto particular los magistrados Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla, Concepción Espejel Jorquera, César Tolosa Tribiño y José María Macías Castaño

<sup>49</sup> Vid., FUENTES-LOJO RUS, A. (2023). "La Ley por el Derecho a la vivienda: aspectos arrendaticios y procesales", *Actualidad Civil*, número 6, junio, p. 2.

<sup>50</sup> El artículo 3 bis de la Ley Foral 10/2020, de 10 de mayo del Derecho a la vivienda en Navarra —modificada por la Ley Foral 27/2014, de 24 de diciembre— hace referencia, precisamente, al derecho subjetivo de acceso a vivienda y servicio social de interés general en los siguientes términos: "1. Toda persona empadronada en Navarra tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en términos de tamaño y calidad, y a disfrutar pacíficamente de la misma. Las Administraciones Públicas de Navarra con competencias en materia de vivienda velarán por la satisfacción y protección de este derecho. 2. En defecto de vivienda disponible, la satisfacción de tal derecho se garantizará mediante un sistema de deducciones fiscales por arrendamiento que serán abonadas de forma anticipada de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley foral y en el Texto Refundido de la Ley Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas". Asimismo, recientemente, el artículo 1 del Decreto 147/2023,



de 10 de octubre, del derecho subjetivo de acceso a la ocupación de una vivienda del País Vasco, además de reconocer el derecho subjetivo de acceso a la ocupación de una vivienda o alojamiento dotacional, señala que procede a su oportuna regulación.

<sup>51</sup> VILLASECA BALLESCA, A. (2023). “Aspectos constitucionales”. En: Fco. M. Echevarría Summers (coord.), *Ley de vivienda*, Madrid: Francis Lefebvre p. 12.

<sup>52</sup> RTC 1987,37.

<sup>53</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2021). “Comentario al artículo 348 del Código Civil”. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 566-567 lo califica de derecho fundamental debilitado, al ceder para convertirse en equivalente económico en caso de expropiación forzosa.

<sup>54</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. (2023). “Comentario al artículo 348 del Código Civil”. En: A. Cañizares Laso (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Valencia: tirant lo blanch, p. 2087 precisa que estos deberes son exigencia de la configuración moderna de la propiedad.

<sup>55</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. (2020). “La propiedad”. En: P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil, T. III Derechos reales*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, pp. 129-131; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. “Comentario al artículo 348 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 566.

<sup>56</sup> RTC 1987,37 y RTC 1994,89.

<sup>57</sup> RTC 1986,146.

<sup>58</sup> RTC 2018,16.

<sup>59</sup> RTC 2018,80.

<sup>60</sup> RTC 1988,152.

<sup>61</sup> RTC 1995,59.

<sup>62</sup> En cuanto a la calidad de la vivienda el artículo 3 de la citada norma señala que: “1. Las viviendas que se construyan en Andalucía tendrán que ser viviendas dignas y adecuadas, debiendo incorporar parámetros de sostenibilidad y eficiencia, como los relativos a adaptación a las condiciones climáticas, minimización de impactos ambientales, reducción del ruido, gestión adecuada de los residuos generados, ahorro y uso eficiente del agua y la energía y utilización de energías renovables”.

<sup>63</sup> MAGRO SERVET, V. (2023), “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo”, *Diario La Ley*, número 10300, junio, p. 5 critica que se haga referencia a estos conceptos y no al de morada que, es relevante, habida cuenta de la gran cantidad de ocupaciones ilegales de inmuebles que existen en la realidad. En todo caso, precisa que “no puede identificarse el concepto de morada con el de residencia habitual, ya que el primero es mucho más amplio y admite aquellos inmuebles que no son de residencia habitual, pero que tienen servicios en regla y están disponibles para ser utilizados por el propietario cuando quiera. Son inmuebles de “segunda residencia”. La jurisprudencia los ha admitido como morada para calificar su acceso y ocupación ilegal como delito de allanamiento de morada del artículo 202 del CP y no como delito de usurpación del artículo 245.2 del CP”.

<sup>64</sup> El artículo 3 j) de la Ley 12/2023, por su parte, entiende como residencia secundaria: “toda aquella vivienda que se utiliza por su propietario para estancias temporales o intermitentes y que no constituye su residencia habitual”.

<sup>65</sup> GÓMEZ LINACERO, A. (2023). “Preguntas y respuestas a la Ley por el derecho a la vivienda en clave procesal (1)”, *Diario la Ley*, número 10386, sección Tribuna, 13 de noviembre, p. 4 considera, al respecto, que el concepto de vivienda es equiparable al de residencia habitual y extrapolable a la esfera procesal.

<sup>66</sup> ARGELICH COMELLES, C. (2023). *La Ley por el derecho a la vivienda*, 2.ª edición, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p. 96.

<sup>67</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J. (2023). “Problemas que pueden suscitar las modificaciones de los juicios de desahucio, precario, recobrar la posesión, derechos reales inscritos y de la ejecución hipotecaria por la Ley 12/2023, de 24 de mayo”, *Práctica de Tribunales*, número 163, julio, p. 2.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.<sup>a</sup> (2024). “La Ley por el derecho a la vivienda y la vulnerabilidad económica-social en los procesos arrendaticios de desahucio de vivienda habitual por falta de pago. ODS y Reglas de Basilea”, *LA LEY Derecho de Familia*, número 41, enero, p. 3 indica que “no es posible una definición general y transversal de vulnerable y vulnerabilidad. Se articula como un concepto jurídico indeterminado a concretar según el ámbito al que se aplique y con la concurrencia de determinadas circunstancias o factores endógenos o exógenos que sitúen a la persona con alta probabilidad de padecer un perjuicio o daños identificables con el riesgo que no tenga capacidad o medios para protegerse a sí misma”.

<sup>69</sup> MAGRO SERVET, V. (2023). “Análisis práctico y sistemático de los aspectos relevantes de la nueva Ley de vivienda 12/2023, de 24 de mayo”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>70</sup> Vid., el artículo 81 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de viviendas de Canarias considera viviendas deshabitadas: “1. Toda edificación que, por su estado de ejecución, cuente con las autorizaciones legales para su efectiva ocupación o que se encuentre en situación de que se soliciten las mismas y que, conforme al planeamiento urbanístico de aplicación, tenga como uso pormenorizado el residencial o tenga autorizado el uso residencial mediante la correspondiente licencia urbanística de cambio de uso, en suelo clasificado como urbano o urbanizable. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del deber de solicitar dichas autorizaciones. 2. Se presumirá que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o por el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación. A estos efectos, se entenderá como último día de efectiva habitación el que ponga fin a, al menos, seis meses consecutivos de uso habitacional. Para las viviendas que no hayan sido nunca habitadas, dicho plazo comenzará a computarse desde que el estado de ejecución de las mismas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación, o si estas se han otorgado, desde la notificación de su otorgamiento. En caso de que las autorizaciones legales hayan sido solicitadas, pero aún no se hayan concedido, se descontará el plazo de otorgamiento de aquellas”.

<sup>71</sup> El artículo 3 d) de la Ley 18/2007 de derecho a la vivienda de Cataluña entiende por vivienda vacía: “la vivienda que permanece desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A este efecto, son causas justificadas el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución. La ocupación sin título legítimo no impide que se pueda considerar vacía una vivienda”.

<sup>72</sup> Señala el citado precepto que: “(...) Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 por ciento de la cuota líquida del impuesto. A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial. El recargo podrá ser de hasta el 100 por ciento de la cuota líquida del impuesto cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación. Además, los ayuntamientos podrán aumentar el porcentaje de recargo que corresponda con arreglo a lo señalado anteriormente en hasta 50 puntos porcentuales adicionales en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. En todo caso se considerarán justificadas las siguientes causas: el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de cuatro años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación, u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio o causa pendiente de resolución judicial o administrativa que impida el uso y disposición de la misma o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones

de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en alquiler, con un máximo de seis meses en esta situación. En el caso de inmuebles de titularidad de alguna Administración Pública, se considerará también como causa justificada ser objeto el inmueble de un procedimiento de venta o de puesta en explotación mediante arrendamiento. El recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble en tal fecha, juntamente con el acto administrativo por el que esta se declare. La declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente exigirá la previa audiencia del sujeto pasivo y la acreditación por el Ayuntamiento de los indicios de desocupación, a regular en dicha ordenanza, dentro de los cuales podrán figurar los relativos a los datos del padrón municipal, así como los consumos de servicios de suministro”.

<sup>73</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2024 (JUR 2024,40724) privación al padre que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, pero que, desde entonces, no ha mantenido ningún contacto con él, ni nunca se ha preocupado por su manutención o bienestar. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486030) declara improcedente la privación al padre de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (impago de pensiones alimenticias e incumplimiento del régimen de visitas). Ciertamente, los pagos de las pensiones no han sido inexistentes y no se ha consolidado una falta absoluta de comunicación y de trato del padre con la niña; de manera que, no se da una situación de ausencia de vinculación que justifique por el momento adoptar una medida tan excepcional. No obstante, en interés de la niña, dado los problemas que refiere la madre en la vida cotidiana para la toma de decisiones que afectan a la menor por falta de colaboración del padre, procede atribuir a la progenitora el ejercicio exclusivo de todas las funciones inherentes a la patria potestad durante el plazo de 2 años (y no sólo de las relativas a la salud u escolarización, como dispuso la Audiencia). Ahora bien, no procede la suspensión total del régimen de visitas por incumplimiento por el padre del sistema aprobado judicialmente en el que se preveía una progresividad que finalizaría con la pernocta. De ahí, que se deje sin efecto la pernocta.

<sup>74</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de mayo de 2024 (JUR 2024,160602).

<sup>75</sup> JUR 2024,168158.

<sup>76</sup> BOE, número 118, de 15 de mayo de 2024; ECLI:ES:TC:2024:53.

<sup>77</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2015 (RJ 2015,6185) guarda y custodia a favor de la madre. Progenitores divorciados con residencia en España y Portugal. Estamos ante unos niños que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse para evitar lo posible un factor de riesgo para su estabilidad; ante menores cuyos padres viven en países distintos y en unas circunstancias familiares en las que no es posible establecer un régimen de guarda y custodia compartido, como sería deseable, como las que resultan de la relación personal de los padre que ningún beneficio aporta para el desarrollo emocional de los niños, en particular de su hijo Agustín, que necesitan una estabilidad familiar, escolar y social que no tiene, como se dice en la sentencia, valorando el informe psicológico elaborado por el Juzgado. Y se ha resuelto en favor de la madre y no del padre porque los criterios que se han utilizado no son contrarios al interés de los niños en permanecer con su madre, una vez que sus padres han puesto fin al matrimonio; de 18 de enero de 2018 (RJ 2018,99) guarda y custodia del hijo menor con una discapacidad de un 53% en favor de la madre; de 11 de abril de 2018 (RJ 2018,1729) a favor del padre; de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018,4473) guarda y custodia a favor de la madre. Traslado de residencia de la madre a España con su hijo sin acuerdo entre los cónyuges. Interés el padre en reintegrarle a los estudios en EEUU sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares en España que debe decaer frente al interés del menor valorado en la sentencia recurrida de forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad y su formación psíquica y física. Padre sin trabajo totalmente fijo y estable en aquel país que podrá determinar su retorno a

España de forma definitiva; de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,5413) a favor del padre. Audiencia de los menores por la Audiencia Provincial con intermediación y sin filtros concluyendo que lo transmitido por los adolescentes no se corresponde con lo que refleja el informe psicosocial, justificado razonablemente en el tiempo transcurrido desde su comunicación con los redactores del informe; de 22 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5143) a favor del padre; de 21 de febrero de 2024 (JUR 2024,72108) custodia materna. Inhabilidad del padre para asumir el rol de progenitor custodio. Episodios de violencia de género y conflicto de pareja retenido con repercusión negativa en el niño; de 23 de octubre de 2024 (JUR 2024,413996) rechazo de la petición de ejercicio conjunto de la patria potestad formulada por el padre sobre el hijo común. Esta asignación no es desproporcionada, ni implica una limitación injustificada de los derechos del padre. Tampoco concurre una alteración sustancial de las circunstancias, que justifique la modificación del precitado acuerdo, por el hecho del traslado del padre a un centro penitenciario de Madrid. Fijación de un régimen de visitas en un punto de encuentro familiar para posibilitar la comunicación padre e hijo durante los permisos penitenciarios. El hijo no ha perdido la relación con su padre y manifiesta su deseo de comunicarse con él. La intención del padre de relacionarse con su hijo es real y verdadera, sin que existan atisbos de un ánimo espurio; de 10 de julio de 2024 (JUR 2024,237971) régimen de visitas a favor del padre e improcedencia de la contribución de la madre a los gastos de desplazamiento del progenitor a Bielorrusia para su desarrollo; y, de 16 de enero de 2025 (JUR 2025,6474) no procede la modificación de la custodia exclusiva de la madre pues, el padre presenta un desconocimiento de las necesidades básicas de los menores, mantiene pautas sociales inadecuadas hacia ellos, adopta una conducta amenazante; y, en definitiva, reconoce que no está en condiciones de asumir su custodia.

En todo caso, precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2024 (JUR 2024,242860) no se puede conceder el uso de la vivienda familiar a la madre y la custodia de los hijos al padre, aunque este solo solicitase la custodia y no el uso de la vivienda. Principio de interés superior del menor. La cuestión relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar no queda sometida al principio de rogación, ya que debe dilucidarse con petición o sin ella, en beneficio e interés de los menores. El hecho de que el padre disponga de un piso en alquiler no permite concluir por sí solo que los menores no precisen la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2024 (LA LEY 361440,2024) destaca que la publicación por la madre de vídeos de contenido sexual en redes sociales no es razón para denegarle la custodia de su hijo de 4 años. La cuestión debatida se centra en la atribución de la guarda y custodia del hijo de los litigantes. La sentencia de primera instancia atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre, estableciendo un régimen de visitas respecto del padre. Este interpone recurso de apelación contra dicha sentencia, centrando su discurso en la forma de vida de la madre, que considera es perjudicial para el hijo. Son dos los hechos fundamentales que considera que son perjudiciales al interés del menor: a) La exposición pública de la madre y su actual pareja en las redes sociales, publicitando contenidos consistentes en manifestaciones y emisión de vídeos de contenido sexual explícito; y b) Que la actual pareja de la madre realiza tatuajes en el salón del domicilio de ésta, permitiendo la entrada de desconocidos al domicilio donde reside el menor. La Audiencia Provincial de Pontevedra desestima el recurso de apelación interpuesto por el padre. La Sala afirma que la publicación de pornografía en webs de acceso a través de redes sociales no puede considerarse que haya provocado un perjuicio al menor, ni sea susceptible de causárselo en los próximos años. La razón esencial de esta consideración es que se trata de un menor de 4 años que no tienen acceso a redes sociales, ni tiene por qué teniendo en los próximos años. Al igual que los menores con los que se vaya relacionando, dada la corta edad que se les supone a todos. También está la labor de las personas adultas de su entorno que no tienen por qué transmitir estos hechos al menor. No puede adoptarse una decisión en función de unas hipótesis que pueden no cumplirse en un largo periodo temporal, o nunca, pues dependerá de múltiples factores y circunstancias. En esta valoración

coinciden los técnicos del equipo psicosocial en su informe y lo han ratificado y aclarado en el acto de la vista. Respecto a la actividad relativa a los tatuajes, el Tribunal señala que, aunque se lleven cabo en el domicilio particular, no puede considerarse acreditado que afecte al interés del menor. A la actividad en sí misma considerada no se le puede atribuir un potencial o real perjuicio, salvo perjuicios subjetivos respecto de esta que no pueden ser fundamento de la decisión, pues, pertenecen al imaginario individual de las personas o de colectivos, en función de determinadas creencias o valores, que no pueden valorarse negativamente. El mero hecho que entren personas a la vivienda para que les realicen el tatuaje no puede entenderse que implique, con carácter general, un perjuicio para el menor, que ni siquiera tiene por qué coincidir con tales personas. En todo caso, la sentencia concluye que, no existe prueba alguna de la que se pueda deducir que la madre no está capacitada o carece de habilidades para el cuidado del menor. En realidad, la valoración de los técnicos del equipo psicosocial aconseja mantener la guarda y custodia de la madre y el establecimiento de un régimen de visitas en favor del padre.

<sup>78</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2025 (JUR 2025,6474) se atribuye a la madre la custodia, pues, los menores ya han pasado a convivir con la madre y con su pareja. Además, el padre ha manifestado al equipo psicosocial que no podía hacerse cargo de los hijos por carecer de recursos y los menores han expresado su deseo de vivir con la madre. Al respecto, la Audiencia Provincial valoró los siguientes aspectos: (i) aunque la madre cometió errores en el pasado en el ejercicio de su labor maternal, actualmente demuestra una actitud autocrítica respecto a esos acontecimientos; (ii) cuenta con el apoyo significativo de su pareja actual y de su propia madre, quienes le ofrecen un modelo de referencia positivo; (iii) está realizando evidentes esfuerzos para garantizar a sus hijos un entorno seguro y estable; y (iv) el padre presenta un desconocimiento de las necesidades básicas de los menores, mantiene pautas sociales inadecuadas hacia ellos, adopta una conducta amenazante y, en definitiva, reconoce explícitamente no estar en condiciones de asumir su custodia. También debe tenerse en cuenta: (i) que a raíz del auto de 28 de febrero de 2022, los menores han pasado a convivir con la madre y que residen con ella, con su pareja y con un medio hermano; (ii) que el padre manifestó al equipo psicosocial que no podía hacerse cargo de los hijos por carecer de recursos; (iii) que los menores han expresado su deseo de vivir con la madre; y (iv) que el padre ha incumplido gravemente el régimen de visitas establecido en favor de aquella, al privarla de estar con sus hijos más de año y medio, lo cual ha afectado negativamente a los menores. Considerando lo anterior, lo más conveniente para la protección del interés de los menores es lo que ya ha sido acordado por la Audiencia Provincial en el mencionado auto 13/2023, de 10 de febrero, sin perjuicio, como observa la fiscal, de que por el Juzgado de Primera Instancia y en ejecución de sentencia se recabe información actualizada sobre la situación familiar y de los menores, instando, de resultar necesario, los seguimientos correspondientes por los servicios sociales competentes. En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, asumir la instancia, estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y estimar la demanda declarando modificadas las medidas de la sentencia 9 de abril de 2019 en los términos ya acordados por el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, con el n.º 13/2023, el 10 de febrero de 2023, en el recurso de apelación n.º 681/2022.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (JUR 2025,1305) no procede modificar la guarda y custodia atribuida al padre. Al respecto, señala la citada resolución que la circunstancia de la existencia de una condena al padre por un delito de lesiones en el ámbito familiar no es obviada por la Audiencia, que la conoce, si bien señala que fue un hecho puntual, a lo que debe añadirse ahora que, tal como consta en las actuaciones, se refiere a unos hechos ocurridos el 23 de agosto de 2021, y por auto de 17 de noviembre de 2022, se procedió a la suspensión de la ejecución de la pena impuesta de diez meses de prisión, el 16 de septiembre de 2024 quedó extinguida la medida de alejamiento y en noviembre de 2024 quedó extinguida la condena, y consta el cumplimiento de la obligación de someterse a un programa de formación para maltratadores que se impuso

como condición para la suspensión de la pena de prisión. De modo que, no se ve el beneficio que derivaría para los menores cambiar ahora el sistema de guarda y custodia a favor del padre, sistema que se estableció en su interés por considerarlo el más idóneo por la sentencia del juzgado, y fue mantenido por la Audiencia, sin que se haya alegado por la madre ni por el fiscal ninguna incidencia ni dato que revele que no se esté desenvolviendo adecuadamente. La aportación de nueva documental por parte del fiscal, respecto de la que han podido hacer alegaciones las dos partes, tampoco nos lleva a asumir la consecuencia de que el interés de los niños sea la guarda por parte de la madre. Ciertamente, en estos procedimientos es de aplicación lo dispuesto en el art. 752 de la LEC, y la especial naturaleza de las pretensiones ejercitadas determina que estos juicios sean tuitivos frente a las situaciones de riesgo en las que puedan hallarse los menores, y con la finalidad de preservar el libre desarrollo de su personalidad y garantizar su interés superior (arts. 10.1 y 39 de la CE), se sustentan con gran flexibilidad procedimental, de manera tal que las partes gozan de un amplio margen para formular nuevas alegaciones y proponer pruebas sobre ellas (art. 752 de la LEC), susceptibles de ser sometidas al principio de contradicción. En este sentido, en la exégesis de tal precepto, la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, declaró que: “Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2.º)”, tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad”. Lo expuesto significa que la situación a contemplar es la existente al tiempo de dictarse sentencia. Implica la valoración de las pruebas documentales aportadas por las partes, en tanto en cuanto incorporadas al proceso para advertir de las nuevas circunstancias concurrentes. Exige tener en cuenta las ulteriores alegaciones efectuadas por las partes de las que se dio el traslado a la otra para garantizar la contradicción. Sin embargo, en este caso, no se alcanza a ver el beneficio que reportaría a los niños la sustitución de un sistema de guarda y custodia paterna, amparada como hemos venido diciendo de una manera razonada en el mayor interés de los hijos de los litigantes, por una custodia materna, que no se consideró favorable para los menores en atención a todas las circunstancias reseñadas, y ello por la única razón de que el padre pudiera en un futuro llegar a ser condenado por un delito por el que ahora está siendo investigado en virtud de una denuncia, pero que él niega, y sin que conste, porque ninguna alegación se ha hecho en este sentido por las partes en el trámite de audiencia conferido, que los hechos denunciados hayan podido afectar peyorativamente en modo alguno en el cuidado de los hijos menores.

El recurso de casación, en definitiva, va a ser desestimado, porque la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala, ya que ha valorado el interés superior de los hijos de los litigantes, sin que la recurrente haya desvirtuado las razones en las que se basa la decisión de la sentencia, que se ajusta al canon de motivación reforzada exigido constitucionalmente para la ponderación del interés de los niños, y sin que los nuevos hechos aportados por el fiscal logren desvirtuar lo esencial de la sentencia recurrida, que el interés de los niños es quedar bajo la guarda y custodia del padre.

<sup>79</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 2023 (JUR 2023,435080) escasa edad de la menor cuando se atribuyó la guarda y custodia exclusiva a la madre. Nueva paternidad y reconstrucción de la vida afectiva del padre. Idoneidad como educadores de ambos progenitores. Se refiere la resolución a la conveniencia que la menor desarrolle con facilidad y del mejor modo no solo la relación con sus dos progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano. Por su parte, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 31 de enero de 2023 (RJ 2023,2952) resulta beneficioso mantener la custodia monoparental materna por la mayor dedicación de la madre. Ser un buen padre no es suficiente para entender que el interés de las niñas aconseje el sistema de guarda compartida. La madre permaneció en el domicilio familiar muy próximo al centro escolar, a diferencia del padre que ha tenido dos domicilios diferentes desde que abandonó



el familiar, viajando mucho y teniendo un contacto más esporádico con sus hijas. Procede una adaptación del padre a un mayor acercamiento a éstas con un amplio sistema de visitas que por el momento no disipa la conveniencia y el mejor interés que permanezcan las hijas menores con su madre. Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2024 (JUR 2024,413996) se rechaza la petición del ejercicio conjunto de la patria potestad formulada por el padre, ingresado en prisión. Las partes pactaron, con homologación judicial, la atribución a la madre del ejercicio de la patria potestad sobre el hijo común. Esta asignación no es desproporcionada, ni implica una limitación injustificada de los derechos del padre. Tampoco concurre una alteración sustancial de circunstancias que, justifique la modificación del precitado acuerdo, por el hecho del traslado del padre a un centro penitenciario de Madrid. Fijación de un régimen de vivistas en un punto de encuentro familiar para posibilitar la comunicación padre e hijo durante los permisos penitenciarios. El hijo no ha perdido la relación con su padre y manifiesta su deseo de comunicarse con él. La intención del padre de relacionarse con su hijo es real y verdadera, sin que existan atisbos de un ánimo espurio.

<sup>80</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013 (Roj. 5643/2013; ECLI:ES:TS:2013:5643) “la genérica afirmación “no tiene buenas relaciones”, no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrariar el interés de los menores”; de 16 de febrero de 2015 (Roj. 258/2015; ECLI:ES:TS:2015:258); y, de 24 de abril de 2018 (Roj. 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478) “(...) conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres existe una relación de mutuo respeto (...)”; de 26 de septiembre de 2023 (JUR 2023,367144); y, de 28 de mayo de 2024 (JUR 2024,168158) en relación con la medida de alimentos declara que como disponen las sentencias del Tribunal Supremo 338/2022, de 28 de abril; 607/2022, de 16 de septiembre y 866/2022, de 9 de diciembre “la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores (artículo 146 del Código Civil); pero, en este caso, dicha desproporción no se aprecia, sino que los ingresos son similares, aun cuando los de la demandada sean ligeramente superiores, pero no en una cantidad tan discordante que la atribución paritaria sea desproporcionada, máxime cuando el demandante desarrolla, en ocasiones, actividades de formación por las que se obtiene ingresos adicionales a su nómina. Asimismo, señala que es cierto, como recuerdan las sentencias 30/2019, de 17 de enero; 573/2020, de 4 de noviembre; y, 92/2024, de 24 de enero, que el juicio de proporcionalidad en la fijación del quantum de pensiones alimenticias por el tribunal de instancia debe ser respetado, a salvo que resulte arbitrario o ajeno a todo canon de razonabilidad, lo que acontece en el caso de autos, en el que se prescinde de la prueba practicada, y la audiencia confirma la sentencia del juzgado, que tampoco valora la prueba al respecto, con el escueto argumento “siendo la contribución económica en el concepto de prestación por distribución de alimentos entre los progenitores acorde al principio de proporcionalidad de los artículos 145 y 146 del Código Civil, al no eximir la guarda y custodia compartida del pago a las prestación de alimentos; al regular las diferencias de ingresos de uno y otro progenitor”. Tampoco cabe devolver los alimentos satisfechos, pues, la revisión de las sentencias a través del sistema de recursos desencadena sus efectos desde que son dictadas, por lo que se desestima la pretensión que la demandada abone 300 euros mensuales hasta equipararse a los satisfechos por el demandante (STS 41/2022, de 23 de mayo, entre otras muchas); y, de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1041).

<sup>81</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2012 (RJ 2012,8358); y, de 6 de julio de 2020 (RJ 2020,2220) vivienda nido; y, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 31 de julio de 2008 (LA LEY 116201,2008) señala que, la denominación de custodia compartida puede amparar diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores —partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta—, que supongan un reparto no necesariamente igual de tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones.



Por su parte, ROGEL VIDE C. (2005). “En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación o divorcio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 1, p. 82, considera más adecuado el término de custodia alterna, ya que la guarda y custodia ni es conjunta no se comparte, sino que lo que se alterna entre los progenitores es el lugar de estancia y/o el tiempo. El menor ha de repartir su tiempo entre ambos progenitores.

<sup>82</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (RJ 2011,3139); de 21 de mayo de 2012 (RJ 2012,6532); de 17 de octubre de 2013 (RJ 2013,7255); y, de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017,1079).

<sup>83</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2024 (JUR 2024,237982) aplicación del principio de interés superior del menor: Valoración de las concretas circunstancias del caso, atención a la corta edad del niño (nacido en 2021), a la situación laboral de los progenitores (el padre trabaja en turnos en jornada anual en una localidad y madre en otra, en un hotel, como fija discontinua desde abril hasta finales de octubre) y a que ambos tienen plenas habilidades parentales, se han implicado en el cuidado del menor desde su nacimiento, tienen posibilidades económicas, gozan de una comunicación fluida en lo que al hijo se refiere y cuentan con apoyo familiar. Se toma consideración, asimismo, del hecho que la madre tradicionalmente ha venido repartiendo su residencia, dependiendo de si trabaja o no, entre la localidad en la que radica el hotel y aquella en la que la Audiencia dispone que viva y se escolarice el menor; en la que cuenta con una casa familiar.

<sup>84</sup> A favor de la tía paterna, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2023 (RJ 2023,4106).

<sup>85</sup> Se trata de un supuesto excepcional, prevista como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial (artículo 103 del Código Civil), como en cualquier procedimiento o momento procesal (artículo 158.4 del Código Civil). Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad que, tras la muerte un progenitor, la autoridad judicial pueda, con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere y, además, se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que se escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (artículo 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastrero o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y, qué fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge puede continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquél y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (artículo 8 Código de Derecho Foral Aragonés). Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015,681) guarda y custodia del menor, ejercida por su tía paterna; y, de 14 de septiembre de 2018 (Roj. STS 3154/2018; ECLI:ES:TS:2018:3154) se atribuye la custodia a la tía de la menor, pues, tras la muerte de la madre ha asumido su cuidado; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 11 de abril de 2014 (JUR 2014,193852), guarda y custodia atribuida a los abuelos, atendiendo al informe psicosocial que, señala que sobre la base de los intereses de los menores, es conveniente atribuir la guarda a ellos; y, de 16 de mayo de 2014 (AC 2014,1019), a favor de su tía, por considerarse la mejor solución para los hijos que, siempre han convivido con ella, y han de

mantenerse en ese entorno, en el que son atendidos, reciben cuidados y ello no impide que tengan relación con sus padres.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 3 de junio de 2024 (JUR 2024,215463) se otorga amparo a los abuelos ante las resoluciones judiciales que impidieron la intervención de los abuelos en el procedimiento de adopción de su nieto y que descartaron la alternativa del acogimiento en familia extensa. Pese al evidente interés legítimo y directo que tenían los abuelos en el resultado del procedimiento, y a la pendencia de dos procedimientos en que reclamaban el acogimiento del menor, se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones y se les negó legitimación activa en el procedimiento de adopción atribuyéndoles la intención de “paralización del procedimiento”.

<sup>86</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2025 (Roj: STS 385/2025; ECLI:ES:TS:2025:385) se impugna la resolución administrativa de protección de menores y, asimismo, se extingue el acogimiento familiar permanente establecido. Al respecto señala el Alto Tribunal que: “el interés superior del menor debe ser el principio rector en todas las decisiones que le afecten. Aunque la opinión del menor es relevante, no es vinculante. Lo que procede es evaluar todas las circunstancias del caso para determinar lo que es más beneficioso para el menor, incluso si ello difiere de su deseo expreso. La sentencia 705/2021, de 19 de octubre, declara en este sentido: “La valoración de las manifestaciones y la voluntad expresada por el menor deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica, según la lógica y la experiencia del juzgador. Además, esa voluntad debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de esta sala, “no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” (sentencias 76/2015, de 17 de febrero; y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas)”. ““(…)” “la doctrina de la Sala (...) ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediaticada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.». La Audiencia Provincial no silencio ni desconoce la voluntad expresada por la menor, pero considera que la protección de su interés superior y la necesidad de evitar situaciones de riesgo o la reproducción de actuaciones perjudiciales para ella impiden que regrese con la familia acogedora. Efectivamente, esa decisión, debidamente motivada y suficientemente fundamentada, es la que mejor respeta el principio superior de protección del menor: Independientemente de los deseos de Graciela —que tenía 10 años cuando fue explorada, y que manifestó que el cuñado de la hermana de la acogedora le hizo cosas que no debía, y que, después de relatárselo a su madre (la acogedora) esta le dijo que no lo contara a nadie y que estuviera con su tía, pero no con su tío, para que este no le hiciera nada malo—, y a la luz de los hechos probados expuestos en la sentencia —que deben ser respetados y tenidos en cuenta— se desprende que la menor no ha estado adecuadamente protegida en el entorno familiar acogedor. Además, la recurrente no ha sabido preservar ni garantizar su seguridad, ni ha reaccionado de manera adecuada, mostrando escasa capacidad de reflexión sobre su actitud y los hechos ocurridos. Ha intentado silenciarlos, evidenciando una falta de conciencia sobre la situación que atraviesa la menor y el daño que se le ha causado. Asimismo, su modelo educativo, basado en el castigo y la dependencia emocional, agrava aún más esta situación. Por otra parte, en el informe de tratamiento del programa de evaluación diagnóstico y tratamiento

a menores víctimas de violencia sexual de 23 de enero de 2024 se señala que la menor, ante la posibilidad de volver al acogimiento familiar, mostró inquietud, nerviosismo y deseos de retractarse sobre sus declaraciones de presunta victimización. Además, se observa en ella un alto sentimiento de culpa por lo sucedido, miedo a represalias del presunto agresor y temor al enfado de su familia. También presenta síntomas compatibles, lo que ha afectado significativamente su bienestar personal, familiar y social. A la vista de este informe, es imperativo prevenir cualquier situación de riesgo y no exponer a la menor a circunstancias que puedan agravar su bienestar emocional y psicológico, lo cual ha sido también ponderado por la sentencia recurrida. Como expone acertadamente el fiscal, “los deseos de la menor no pueden ser determinantes cuando satisfacerlos solo pueden perjudicarla”<sup>87</sup>; y, de 12 de febrero de 2025 (Roj: STS 575/2025; ECLI:ES:TS:2025:575) impugnación de las resoluciones administrativas de protección de menores por la que no se reconocen visitas respecto de las tres niñas en los años 2016, 2018 y 2020. No procede dicha impugnación, pues, como manifiesta el Alto Tribunal: (...) “las resoluciones administrativas de 20 de octubre de 2020 que desestimaron la petición de visitas valorando el interés superior de las niñas quedaron firmes porque a pesar de que sí fueron notificadas a los padres, no las recurrieron. Además por sentencia judicial también firme (sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Castellón de 7 de diciembre de 2020, sentencia de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana de 11 de junio de 2021, auto de esta sala de 14 de septiembre de 2022 rec. 7520/2021) se valoró que el interés de las niñas, en atención a todas las circunstancias referidas, era que no se establecieran visitas. Con estos antecedentes, la decisión de la Audiencia en la sentencia que se recurre ahora en este recurso de casación al entender que, sin alegaciones de hechos nuevos, no procede establecer un régimen de visitas de los actores respecto de sus hijas, que se encuentran en la actualidad en situación de guarda con fines de adopción, no es contraria a ninguno de los preceptos que se dicen infringidos ni es contraria al interés de las niñas, de acuerdo con lo razonado”.

<sup>87</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 2024 (JUR 2024,494087); y, de 20 de enero de 2025 (Roj. STS 253/2025; ECLI:ES:TS:2025:253) no procede el retorno con la familia de origen y se suspende el régimen de visitas, pues como indica el Alto Tribunal: “el niño tiene, actualmente, 5 años recién cumplidos. No mantiene vínculos de afectividad de clase alguna con su progenitora. Los contactos con ésta han sido vivenciados negativamente por el menor. Las posibilidades de comunicación con la progenitora son nulas al no conocer ésta el idioma español, pese a los ofrecimientos que fueron efectuados en la intervención administrativa desarrollada para aprenderlo. No existen indicadores favorables de normalización de la conexión emocional o afectiva por parte del niño con su madre biológica, ni de la adquisición por parte de esta de las habilidades precisas para asumir con las mínimas garantías precisas sus responsabilidades parentales con respecto al menor. Es contrario al interés de éste demorar sine die su falta de integración familiar. Actualmente, se encuentra en una situación de acogida con fines de adopción, con una evolución realmente positiva, como resulta de los informes aportados por la Administración, cuya fractura generaría evidentes perjuicios emocionales al niño para colocarlo, de nuevo, en una situación de manifiesta inestabilidad y mal pronóstico, lo que evidentemente atenta contra su interés superior. Por todo ello, en atención a lo dispuesto en los arts. 161 y 176 bis 2 del CC procede confirmar la decisión del juzgado en cuanto suspende el régimen de visitas que, en las circunstancias, expuestas carece de sentido y es contrario a la finalidad a la que responde. En este sentido, las SSTs 78/2018, de 14 de febrero y 409/2024, de 20 de marzo”.

<sup>88</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 17 de febrero de 1998 (LA LEY 23899,1998).

<sup>89</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4459) señala que, no hay razón para eludir el *nomen* del sistema de custodia compartida cuando *de facto* así se ha establecido.

En algunos textos internacionales se define, por un lado, la corresponsabilidad parental y, por otro, la custodia compartida. Así el artículo 2.7 del Reglamento (CE) número 2201/2003,

del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental conceptúa la corresponsabilidad parental como “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”. Y, el artículo 2.11 b) define la custodia compartida “...Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no puede decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”. En otros, sin embargo, se opta por destacar algunos aspectos característicos de esta modalidad de guarda. Así el artículo 18.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 establece el deber por parte de los Estados de consagrar en sus normativas el principio de igualdad de los progenitores respecto de la crianza y desarrollo de los menores; y, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 establece en el punto 14 que “...el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones...”.

<sup>90</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2012 (RJ 2012,8190); y de 27 de mayo de 2024 (JUR 2024,160602) se alude también al derecho del menor a ser oído.

<sup>91</sup> Vid., La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2024 (JUR 2024,408652) se atribuye la guarda y custodia a la madre, y se considera que no procede la guarda y custodia compartida ante las concretas situaciones concurrentes. Existe una mayor idoneidad de la madre, además de condicionamientos negativos del padre, deseos exteriorizados por las niñas de 13 y 10 años, a lo que hay que añadir una falta de comunicación entre los padres con pronóstico de coparentalidad desfavorable; y un informa psicosocial que aconseja mantener la situación preexistente de guarda y, en fin, existe una divergencia en los modelos educativos que desorientan a los menores; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 17 de septiembre de 2014 (LA LEY 149595,2014) no puede hablarse de un régimen de custodia compartida, si no hay coparentalidad. Por lo que la medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la responsabilidad parental y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres.

<sup>92</sup> Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 31 de enero de 2008 (LA LEY 1122,2008).

<sup>93</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015,553); de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015,1919); de 27 de mayo de 2015 (JUR 2015/146687); de 26 de junio de 2015 (RJ 2015,2658); de 16 de julio de 2015 (RJ 2015,2782); de 17 de julio de 2015 (RJ 2015,2784); de 25 de septiembre de 2015 (RJ 2015,4028), cumplimiento del principio de interés del menor; a pesar de separar a los hermanos; de 9 de octubre de 2015 (RJ 2015,4224); de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5392) donde se señala que, el concepto de interés del menor que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”; se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”, “La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...”, y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”; de 28 de enero de 2016 (RJ 2016,27159); de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016,32451); de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,847); y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016/1131). Y, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 1 de febrero de 2016 (BOE, núm. 57, 7 marzo 2016, pp. 18444 a 18459); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 26 de junio de 2015 (AC 2015,1257); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 1 de octubre de 2019 (JUR 2019,318472); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 9 de diciembre de 2020 (JUR 2021,98192); de

la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2021 (JUR 2021,125482); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 2021 (JUR 2021,252523); y del Audiencia Provincial de Castellón, de 27 de abril de 2022 (JUR 2022,241928)

<sup>94</sup> Vid., sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000,139).

<sup>95</sup> DE TORRES PEREA, J.M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, p. 24.

<sup>96</sup> LA LEY 37196,2013. Con anterioridad, vid., en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de octubre de 2009 (LA LEY 192180,2009) señala que "(...) el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto que circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. (...) Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilio, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"; de 10 de marzo de 2010 (LA LEY 5293,2010); de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010,2340); y, de 9 de marzo de 2012 (LA LEY 31826,2012). Con posterioridad, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (RJ 2013,5002); de 25 de abril de 2014 (RJ 2014,2651); de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015,553); de 28 de enero de 2016 (RJ 2016,370); de 11 de febrero de 2016 (JUR 2016,37611); y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,847). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 22 de febrero de 2005 (JUR 2005,222004); y, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 31826,2012) señalan como presupuestos normativos a los que ha de atenderse para la adopción de la medida de guarda y custodia compartida a "los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de menores, de alimentación, de educación, y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que puede ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos, y relaciones con ellos en especial, si existe un rechazo o una especial identificación, su edad, y capacidad de autoabastecerse, etc.". Asimismo, la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2011 (JUR 2011,229748) señala que, resulta necesario analizar con cuidado todas las circunstancias y valorarlas a la luz del interés del menor; y han de analizarse entre otras, la capacidad de los progenitores, el grado de armonía entre ellos; la edad de los hijos y su opinión o las circunstancias geográficas y convivenciales. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de febrero de 2012 (JUR 2012,117971) para el establecimiento de la custodia compartida, las circunstancias a ponderar, de carácter objetivo, son entre otras: "a) La disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; b) El aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, procurando la continuidad del entorno, familia amplia, colegio, amigos o ciudad o barrio; c) La ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; d) El rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) La garantía de equilibrio psíquico de los menores, para que no se vean afectados por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y, f) Que quede deslindada la

idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones”.

<sup>97</sup> Igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2011 (LA LEY 111554,2011); y, de 2 de julio de 2014 (RJ 2014,4250) señalan que, no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen de relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Ni tampoco ha de ser objeto de interpretación restrictiva; de 16 de febrero de 2015 (RJ 2015,553); de 15 de julio de 2015 (RJ 2015,2778); de 17 de julio de 2015 (RJ 2015,2784) no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015,4784) establece que, la corta edad de los menores no desincentiva la guarda y custodia compartida; de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016,248); y, de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016,995) además de reiterar la doctrina sobre la normalidad y conveniencia de la custodia compartida en caso de separación de progenitores. Casa y anula la sentencia de la Audiencia y señala que esta sentencia ciertamente desconoce, como si no existiera la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales en asuntos similares” pero el Alto Tribunal va más allá e insiste que “la sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 del CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues, ninguna se dice salvo que funciona el sistema instaurado en la sentencia de divorcio”. Por lo que acusa a las Audiencias Provinciales de crear inseguridad. Vid., también, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 9 de enero de 2015 (JUR 2015,73146).

Por otra parte, atendiendo a los criterios expresados, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de lo Civil, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670,2013) hijos con un vínculo normalizado y positivo hacia el padre y la madre, no presentando preferencias por ninguno de los dos, sin que se adviertan obstáculos al hecho de que puedan vivir quince días con casa uno; y, de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714,2013), considera idónea la guarda y custodia compartida ya que existe un estímulo de cooperación de los padres en beneficio del menor, y proximidad de los domicilios materno y paterno y régimen de visitas desarrollado sin incidencia. Sin embargo, en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala 1.ª, de 7 de junio de 2013 (LA LEY 65217,2013) en la valoración conjunta de la prueba, se consideró que era más conveniente a los niños la atribución de la guarda y custodia a la madre.

En esta línea, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (LA LEY 149622,2014) señala que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos entre ambos progenitores.

<sup>98</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 (LA LEY 165754,2010); de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727,2012) donde, asimismo, se precisa que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre; de 25 de mayo de 2012 (LA LEY 72578,2012); de 25 de noviembre de 2013 (LA LEY 190714,2013); de 29 de noviembre de 2013 (LA LEY 186577,2013); de 17 de diciembre de 2013 (LA LEY 204311,2013); de 25 de abril de 2014 (LA LEY 51101,2014); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014) ambos progenitores están capacitados para ejercer responsabilidades parentales y atender a sus hijos de forma adecuada, su relación se ha desarrollado con normalidad, procurando adaptar a los hijos a la nueva situación, y sus domicilios están próximos en una pequeña localidad; de 16 de octubre de 2014 (LA LEY 149440,2014); de 20 de octubre de 2014 (LA LEY 149445,2014); y, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014). Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo,



Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736,2011) se deniega la guarda y custodia compartida por no convenir al interés primordial de los menores; de 27 de septiembre de 2011 (LA LEY 183864,2011) denegación de la guarda y custodia compartida por falta de la concurrencia de los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley 5/2011, de la Comunidad Valenciana. La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva de la mejor forma posible que es la de procurar la protección del interés del menor; de 10 de enero de 2012 (LA LEY 7717,2012) se dispone que, para establecer un régimen de guarda y custodia compartida es necesario demostrar que de este modo se protege más eficazmente el interés del menor, lo que no ha ocurrido en el caso de autos, pues, el padre se limita a exponer sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero sin referencia concreta al interés del menor; de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 18517,2012) se deniega la guarda y custodia compartida solicitada por el padre. El sistema de custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo desde su superación de hecho ha funcionado correctamente y los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores, cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda; de 15 de octubre de 2014 (RJ 2014,4894) no procede establecer un sistema de custodia compartida, al no ser beneficioso para los hijos y, la madre que, se ha dedicado en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, dejando por ello de trabajar. Además de una menor disponibilidad del padre, y una conflictiva relación de la progenitora con la familia paterna, que puede no resultar beneficiosa para los hijos, teniendo en cuenta la atención que deberían prestarles dada la escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; de 1 de marzo de 2016 (RJ 2016,736) se deniega la custodia compartida dada la distancia de los domicilios al residir la madre en Granada y el padre en Cádiz, y no solo se tienen en cuenta la corta edad del menor, sino también las alteraciones que, esto supone en el régimen de vida del menor, máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria; de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,842) desestimación de la atribución de guarda y custodia a favor del padre, pues, la enfermedad de Parkinson en estado leve y controlada de la madre no le impide hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución. Y, además, la existencia de una manifestación ansioso-represiva que, no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales; de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,972) aptitud de ambos progenitores para hacerse cargo de la educación de sus hijos; y aun reconociendo que le es más fácil a la madre la compatibilización de horarios por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente), por lo que debe ser reconocida al padre el compartir con la madre la guarda y custodia de los hijos; y, de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,1131) no se concede la guarda y custodia compartida, pues, con la sensibilidad orientada al interés del menor, y consciente de la doctrina de esta Sala, entiende que “por el momento” se le crea al menor un problema de lealtades que le provoca ansiedad y preocupación, desfavorable para su estabilidad emocional, y de ahí que, partiendo de sus deseos, concluya como más favorable para él un régimen amplio de relación con el padre y la nueva familia de éste, cercano a la custodia compartida, pero sin que la madre que no tiene nueva familia, pierda la custodia.

<sup>99</sup> JUR 2016,52409. Añade al respecto que “esto no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la



base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión —STS de 22 de julio de 2011— de que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”<sup>100</sup>. Se deniega la guarda y custodia por no haberse propuesto tal Plan, al considerarse, en los términos expuestos, necesario conocer “los pormenores en que va a consistir la custodia compartida”. En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016,5968); y, de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017,2044).

<sup>100</sup> JUR 2016,138686.

<sup>101</sup> Vid., el artículo 80.2 del CDFa; el artículo 233-11 del Código Civil catalán en su artículo 233-11; el artículo 3 de la Ley Foral 3/2011; y, el artículo 9.3 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

<sup>102</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016 número de recurso de casación: 326/2015 (RJ 2016,248); y, de 28 de enero de 2016, número de recurso: 2205/2014 (RJ 2016,370).

<sup>103</sup> Para fijar régimen de guarda y custodia el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencias de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009,4606); y de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010,7302) está utilizando como criterios los siguientes: “la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

<sup>104</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021,4023).

<sup>105</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020,4795).

<sup>106</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021,4023).

<sup>107</sup> LATHROP GÓMEZ, F. (2008). *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley, p. 39. GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2007). “Comentario al artículo 92 del Código Civil”. En: V. Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valladolid: Lex Nova, p. 156 señala que “la guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva), lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores a pesar de la ruptura de pareja”. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 29 de junio de 2012 (LA LEY 128420,2012) aboga por la superación del concepto de guarda y custodia, exclusiva o compartida, suprimiendo toda referencia a la guarda y custodia, para hablar de períodos de permanencia o de guarda, distribución de estancias, que deberán estar los hijos con un progenitor y con el otro. Pero, añade, aunque la sustitución de la terminología es conveniente y necesaria, y debe utilizarse de una forma generalizada, pues, salvo situaciones de estancias muy restringidas con un progenitor, aunque no exista una estancia igualitaria entre ambos progenitores, siempre podrá hablarse de guarda y custodia compartida, a fin de evitar la marginación de un progenitor frente a otro en las decisiones que afectan a los hijos.

<sup>108</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2016 (LA LEY 14389,2016) ante la constancia de un desequilibrio amplio en los tiempos de permanen-

cia de uno u otro con la hija, procede el reparto, a falta de acuerdo entre los progenitores por semanas alternas de lunes a lunes y vacaciones por mitades.

<sup>109</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294,2010); de 18 de noviembre de 2011 (LA LEY 241446,2011); y, de 10 de diciembre de 2012 (LA LEY 185317,2012).

<sup>110</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2014 (RJ 2014,5613); y, de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016,524) se dota de relevancia a las manifestaciones del menor de catorce años de edad, no sólo por su edad, sino también por su madurez; y, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299). Asimismo, las sentencias del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 24 de septiembre de 2012 (RJ 2012,11146) preferencia y deseos del menor de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana y oposición a la custodia compartida solicitada por su padre; de 12 de julio de 2013 (RJ 2013,5405) la opinión de los menores es cuestión de gran relevancia; de 9 de octubre de 2013 (RJ 2013,8497); de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014,1570); de 30 de junio de 2015 (RJ 2015,4457); y, de 16 de diciembre de 2015 (RJ 2015,6371)

<sup>111</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 2015 (RJ 2015,2564).

<sup>112</sup> las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); y, Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

<sup>113</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2010 (LA LEY 5294,2010); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014) opta por la guarda compartida; de 15 octubre 2014 (RJ 2014,4894); y, de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 11913,2015) que, al respecto, señala que “las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos”. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2011 (LA LEY 186210,2011) deniega la guarda y custodia compartida valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial. También, la sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863,2016) se deniega la custodia compartida pues, en el informe psicosocial se pone de manifiesto que “no consta de momento que sea lo más beneficioso para los menores... se encuentran en estado evolutivo saludable, tiene buena adaptación escolar, el buen estado de salud, y un proceso de desarrollo normalizado”. Y a mayor abundamiento, se amplía el extenso régimen de visitas que “permita asegurar una presencia sólida de la figura paterna indispensable para la formación integral de los hijos”. Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 4 de enero de 2013 (RJ 2013,2884) valora los informes psicosociales que muestran la preferencia y los deseos de los hijos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la que se encuentran muy unidos; y, los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de abril de 2012 (RJ 2012,6134; RJ 2012,6135); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 20 febrero 2014 (JUR 2014,89199) informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito a los Juzgados de Avilés; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 11 de julio de 2014 (JUR 2014,236809) informe psicosocial emitido por EATAV en el que se considera que, el interés de los menores en ese momento, determina la conveniencia que queden al cuidado de la madre con un amplio sistema de relaciones y comunicaciones con el padre; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 24 de abril de 2015 (JUR 2015,156255) valor relevante de los informes psicológicos; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 19 de junio de 2015 (JUR 2015,196315).

<sup>114</sup> Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2016 (LA LEY 32863,2016); de 22 de septiembre de 2017 (RJ 2017,4731); de 19 de octubre de 2017 (RJ 2017,4485); de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4165); y, de 26 de septiembre de 2022 (RJ 2022,3742) destaca que el interés del menor se ha considerado un bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan

derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7º); 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3º; y 81/2021, de 19 de diciembre, FJ 2º), toda vez que ha de prevalecer en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva, “toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor” (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4º).

<sup>115</sup> Roj. STS 2246/2023; ECLI:ES:TS:2013:2246.

<sup>116</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483); de 13 de diciembre de 2017 (RJ 2017,5389); de 10 octubre 2018 (Roj. STS 3479/2018; ECLI:ES:TS:2018:3479); de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018,5376); y, de 17 de junio de 2020 (RJ 2020,2187).

<sup>117</sup> ROJ: STS 258/2025; ECLI:ES:2015:258; y, Roj: STS 5218/2015; ECLI:ES:TS:2015:5218.

<sup>118</sup> LA LEY 10275,2015. Vid., también, las sentencias del Tribunal Supremo, secc. 1.ª, 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 15 de julio de 2015 (LA LEY 99704,2015); de 9 de septiembre de 2015 (LA LEY 119131,2015); de 28 de enero de 2016 (LA LEY 1000/2016); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329,2016); de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 20628,2016); de 17 de marzo 2016 (LA LEY 15991,2016); de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4449); de 27 de junio de 2017 (RJ 2017,3077); de 16 de enero de 2020 (RJ 2020,666); y de 28 de abril de 2022 (RJ 2022,2374).

Por su parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de julio de 2011 (LA LEY 119736,2011) —y con anterioridad, las sentencias de 10 de octubre de 2010 y 11 de febrero de 2011— que lo que importa es garantizar o proteger con este procedimiento el interés del menor que, si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 del Código Civil han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta materia pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. No obstante, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). “Régimen común a la nulidad, separación y divorcio”. En: En: Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.). *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 7.ª ed., Madrid: Edisofer, p. 205 manifiesta que este ejercicio conjunto de la guarda suscita también algunos reparos, derivados fundamentalmente del peligro de perpetuare los enfrentamientos o desencuentros que dieron lugar a la ruptura matrimonial, a la hora de tomar decisiones relativas al cuidado y educación de los hijos.

<sup>119</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 186544,2014); de 25 de noviembre de 2017 (RJ 2017,46677); de 17 de enero de 2019 (RJ 2019,98) reparto de tiempos correspondiendo al padre la custodia los fines de semana alternos y los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas pernoctando con él, que los reintegrará al colegio al día siguiente el jueves anterior y el martes posterior al de semana que le corresponda a la madre.. sistema que no conlleva un reparto igualitario de tiempos, sino lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores; de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022,2219) no consta que el horario del padre le impida dedicarse a su hija. el padre cuenta con apoyo por personas de confianza. La menor es escolarizable, lo que facilita la compatibilidad de horarios con ambos progenitores; de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) el recurrente, desde el momento de la ruptura matrimonial viene disfrutando con normalidad del régimen de visitas con la menor sin repercusiones negativas en la personalidad de la niña y cuenta además con el apoyo que le dispensan sus padres, con los que convive, lo que permite también la integración de la niña con la familia paterna. El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartidas. Se ha producido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 años, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador;

pues tenía dos años; y, de 11 de julio de 2022 (RJ 2022,3824) ambos progenitores cuentan con trabajos compatibles por distancia y horario con el cuidado del menor y con apoyo familiar: idoneidad por igual, al trasladar el padre su trabajo con contacto indefinido, ha efectuado un notable esfuerzo para acercarse a la residencia de la menor; a una distancia más que asume. No pudiendo considerar una justificación razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor; pues ello sería tanto como petrificar las relaciones familiares. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 9 de abril de 2014 (AC 2014,689).

<sup>120</sup> RTC 2012,185. Con voto particular que formula el Magistrado D. Manuel Aragón Reyes, al que se adhieren los Magistrados D. Pablo Pérez Tremps, D.ª Adela Asúa Batarríta y D. Andrés Ollero consideran no sólo innecesarios sino conceptualmente improcedente que una vez apreciada la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado por infracción del artículo 117.3 de la Constitución Española, la sentencia se adentre a examinar si, además, el artículo 92.8 del Código Civil incurre en otras tachas añadidas de inconstitucionalidad. Al respecto señalan que, en cualquier caso, la supuesta colisión del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española se reconduce, en realidad, a la pretendida infracción de la reserva de jurisdicción garantizada por el artículo 117.3 de la Constitución Española, sin que justifique, por tanto, una tacha de inconstitucionalidad autónoma dirigida al precepto cuestionado en relación con el derecho reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución Española. (...) Como es sobradamente sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española) se satisface con la obtención, cando se cumpla los requisitos procesales correspondientes, de una resolución judicial de fondo que se pronuncie, y lo haga de manera razonable, motivada y fundada en el Derecho sobre las pretensiones deducidas oportunamente en el proceso. Asimismo, estiman que resulta improcedente que la sentencia entre a examinar si el artículo 92.8 del Código Civil es contrario al derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y al principio de protección de los menores por los poderes públicos (artículo 39 de la Constitución Española), aunque sea para descartar tales vulneraciones. En suma, consideran que la exigencia contenida en el artículo 92.8 del Código Civil de informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la adopción de esta medida, constituye una opción del legislador que resulta constitucionalmente irreproachable, pues obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad pretendida por la norma cuestionada, que no incurre en infracción alguna del principio de exclusividad de jueces y Magistrado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 de la Constitución Española), ni tampoco claro está, de los artículos 14, 24.1 y 39 de la Constitución Española, lo que debió conducir a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria.

<sup>121</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2014 (RJ 2014,2651); de 30 de mayo de 2016 (RJ 2016,2308); de 13 de julio de 2017 (RJ 2017,3622); de 11 de enero de 2018 (RJ 2018,104); de 18 de abril de 2018 (RJ 2018,2177); de 28 de abril de 2022 (RJ 2022,2374); de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1041) desde el inicio del conflicto la custodia la tuvo la madre pero la sentencia de primera instancia acordó el sistema de guarda y custodia compartida. No concurre causa alguna para cambiarla, al haberse desarrollado con normalidad durante año y medio, sin que conste divergencia en su desarrollo. La madre reside en una vivienda arrendada y el padre es titular en propiedad de una vivienda, ambas próximas entre sí y con el colegio; de 23 de noviembre de 2023 (JUR 2023,435080) escasa edad de la menor cuando se atribuyó la guarda y custodia exclusiva de la madre: nueva paternidad y reconstrucción de la vida afectiva del padre. Idoneidad como educadores de ambos progenitores. Conveniencia que la menor desarrolle con facilidad y del mejor modo no sólo la relación con sus dos progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano; y de 27 de noviembre de 2023 (RJ 2023,438859) episodio de violencia de género que se produjo

hace cuatro años y la pena impuesta fue cumplida. Las relaciones del padre con su hijo son buenas y el menor, incluso, exterioriza su deseo de ampliar los contactos con su progenitor.

<sup>122</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4440).

<sup>123</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre y 12 de diciembre de 2013 (RJ 2013,7449; RJ 2013,7838); de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014,5718); de 28 de febrero de 2017 (RJ 2017,606); de 21 de junio de 2017 (RJ 2017,3039); de 25 de noviembre de 2019 (RJ 2019,4885); y, de 26 de septiembre de 2023 (JUR 2023,367144).

<sup>124</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2020 (JUR 2020,58400).

<sup>125</sup> Precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, *op. cit.*, pp. 206-207 que “sí deben guardar una cierta proporción para que pueda hablarse realmente de una custodia alterna o compartida”. Y añade que “los periodos de alternancia pueden ser muy distintos, en función de las circunstancias semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales o incluso anuales”. De ahí que precise el autor que “cuando los periodos son cortos, no tienen sentido establecer un derecho de visitas en favor del progenitor en cuya compañía no está el menor en ese momento, porque la relación entre ambos se consigue gracias a la alternancia; en cambio, cuando los periodos de alternancia son más largos, es razonable fijar visitas en favor del progenitor no conviviente, para que la relación se mantenga”.

Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 (Roj. STS 3743/2018; ECLI:ES:TS:2018:3743).

<sup>126</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2017 (Roj. STS 849/2017; ECLI:ES:TS:2017:849); de 9 de mayo de 2017 (Roj. STS 1786/2017; ECLI:ES:TS:2017:1786); de 22 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3327/2017; ECLI:ES:TS:2017:3327); de 25 de octubre de 2017 (Roj. STS 3755/2017; ECLI:ES:TS:2017:3755); de 17 de enero de 2018 (Roj. STS 43/2017; ECLI:ES:TS:2018:43); de 7 de junio de 2018 (Roj. STS 2102/2018; ECLI:ES:TS:2018:2102); y de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018,4930).

<sup>127</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016 (Roj. STS 5532/2016; ECLI:ES:TS:2016:5532) se deniega la custodia compartida al existir una distancia de 50 km entre los domicilios de los progenitores; de 19 de octubre de 2017 (Roj. STS 3724/2017; ECLI:ES:TS:2017:3724); de 10 de enero de 2018 (Roj. STS 21/2018; ECLI:ES:TS:2018:21); de 18 de abril de 2018 (Roj. STS 1414/2018; ECLI:ES:2018:1414) distancia de domicilios de Pamplona a Tokio, por lo que se declara que “la distancia entre los domicilios no sólo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada”; de 30 de octubre de 2018 (Roj. STS 3684/2018; ECLI:ES:TS:2018:3684); de 10 de enero de 2018 (RJ 2018,61) al existir una distancia de 1.000 km entre las residencias de los progenitores en Rentería y Jerez de la Frontera; y, de 28 de enero de 2020 (RJ 2020,111) los domicilios distan a 400 kms.

<sup>128</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017,2044).

<sup>129</sup> RJ 2022,3824.

<sup>130</sup> Diario La Ley, número 10174, sección jurisprudencia, 21 de noviembre de 2022.

<sup>131</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2024). “Régimen común a la nulidad, separación y divorcio”, *op. cit.*, p. 207.

<sup>132</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2016 (RJ 2016,2780); y, de 31 de mayo de 2022 (Roj. STS 2307/2022; ECLI:ES:TS:2022:2307; RJ 2022,2864) ninguno de los padres la solicitó en sus escritos iniciales. A pesar que el auto de medidas provisionales le atribuyó a la madre la guarda con visitas del padre, de hecho, la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una custodia compartida. No se infringe el artículo 92 del Código Civil, ni la doctrina de la Sala dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con la que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés

superior del menor. Desarrollo normal y sin incidentes de la forma que se llevó a cabo el amplísimo régimen de visitas con pernoctas. Capacidad de ambos progenitores.

<sup>133</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de julio de 2021 (Roj. STS 3299/2021; ECLI:ES:TS:2021:3299).

<sup>134</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 y 25 de abril de 2018 (Roj. STS 1478/2018; ECLI:ES:TS:2018:1478); Roj. STS 1474/2018; ECLI:ES:TS:2018:1474).

<sup>135</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 20 de abril de 2016 (RJ 2016,3847) propuesta del informe psicosocial de un periodo de adaptación al nuevo sistema compartido, siendo más favorable ampliar la pernocta del jueves en la semana que el padre tiene a los menores de fin de semana, sin perjuicio de las dos tardes intersemanales fijadas en la instancia. Reflejo de la evaluación psicológica en la que se califica al padre por su impulsividad, descontrol, falta de flexibilidad y por implicar a los menores en el conflicto de los padres y a la madre por su impulsividad, variaciones de carácter e inflexibilidad en las negociaciones con el otro progenitor; de 12 de mayo de 2017 (Roj. STS 1792/2017; ECLI:ES:TS:2017:1792); de 24 de abril de 2018 (RJ 2018,1598) tiene declarado la Sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cuál ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales; si bien, la Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencias 135/2017, de 28 de febrero y 296/2017, de 12 de mayo, entre otras); y, de 6 de abril de 2018 (Roj. STS 1167/2018; ECLI:ES:TS:2018:1167).

<sup>136</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 2015 (Roj. STS 3890/2015; ECLI:ES:TS: 2015:3890) señala, al respecto, que "(...) tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible, pues, lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por ser más beneficios para los hijos como marco de convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores, si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos". Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,2864) indica que procede la guarda y custodia compartida a pesar que ninguno de los padres la solicitó en sus escritos iniciales. No se infringe el artículo 92 del CC ni la doctrina de la Sala, dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con que deben aplicarse las normas en aras de la tutela del interés superior del menor.

<sup>137</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 2017 (RJ 2017,703); de 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020,4795); y, de 27 de julio de 2021 (RJ 2021,4023). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de mayo de 2021 (JUR 2021,262299); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 3 de marzo de 2022 (JUR 2022,259029); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 5 de julio de 2022 (JUR 2022,275899).

<sup>138</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 196575,2013); de 2 de julio de 2014 (LA LEY 79813,2014); de 30 de octubre de 2014 (RJ 2014,5268); de 11 de febrero de 2016 (LA LEY 3329,2016); de 26 de mayo de 2016 (LA LEY 52462,2016); de 3 de junio 2016 (Roj. STS 1889/2016; ECLI:ES:TS:2016:1889) la falta de dialogo, no consta, en este caso, que llegue al extremo del conflicto, y no debe ser causa directa para la atribución de la custodia a la madre o al padre, dado que habrá de concretar la motivación de la decisión. En la sentencia recurrida se atribuye, ante la falta de comunicación, la custodia a la madre sin concretar y justificar porqué dicho déficit de comunicación se imputa al padre. Razones todas ellas que, llevan a la adopción del sistema de custodia compartida, al constar la aptitud de ambos, su mutua implicación en la educación y desarrollo del su hijo y por gozar los dos de capacidades necesarias para poder superar sus mutuos recelos en beneficio de su hijo; y, de 25 de septiembre de 2018 (RJ 2018,3857) la situación entre los progenitores es tensa y llena de desconfianza, lo que dificulta la relación entre ellos; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 12 de julio de 2013 (JUR 2013,267761) imposibilidad de una comunicación y entendimiento mínimo



entre los progenitores, deviniendo inviable la custodia compartida al ser imposible su ejercicio adecuado; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 11 de marzo de 2014 (Roj. SAPT 285/2014; ECLI:ES:SAPT:2014:285); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, de 27 de junio de 2014 (Roj. SAP VI 289/2014; ECLI:ES:APVI:2014:289); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.<sup>a</sup>, de 16 de septiembre de 2014 (Roj. SAP SS 698/2014; ECLI:ES:APSS:2014:698); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2014; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2014 (Roj. SAP M 1676/2015; ECLI:ES:APM:2015:1676) malas relaciones de los progenitores, falta de un Plan de Responsabilidad Parental aportado por el padre, que solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo mayor a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2014 (Roj. SAP B 12446/2015; ECLI:ES:APB:2014:12446); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 5 de diciembre de 2014 (Roj. SAP M 16602/2014; ECLI:ES:APM:2014:16602); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.<sup>a</sup>, 1 de marzo de 2016 (Roj. SAP LE 208/2016; ECLI:ES:APLE:2016:208) absoluta falta de comunicación y consenso entre los padres, existiendo diversas denuncias entre ello por cuestiones relativa al régimen de visitas.

<sup>139</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 276/2016, de 25 de abril (RJ 2016,1703). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, de 26 de febrero de 2016 (JUR 2016,62743) no procede la custodia compartida por estar la relación entre los progenitores muy deteriorada y no son capaces de llegar a acuerdos en los temas concernientes a la hija común sobre todo surgiendo problemas en el cumplimiento del régimen de visitas, del que mutuamente se acusan del incumplimiento.

<sup>140</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2013 (LA LEY 118670/2013); y, de 30 de octubre de 2014 (núm. Sentencia 619/2014) (RJ 2014,5268); la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 septiembre 2012 (RJ 2012,10948); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.<sup>a</sup>, de 9 de diciembre de 2014 (JUR 2014,49868).

<sup>141</sup> Roj STS 4103/2022; ECLI:ES:TS:2022:4103.

<sup>142</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2022 (RJ 2022,3539) se otorga la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores bien adaptados con ella y mostrar éstos dicha preferencia. Asimismo, se confirma un derecho de vistas del padre fijado ampliamente en la sentencia del juzgado, dadas las relaciones positivas con sus hijos y los vínculos de dependencia y afectividad existente entre los menores y su progenitor.

<sup>143</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585,2013) señala que, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, “se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (artículo 91 CC), de la que esta Sala se ha hecho eco, hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor”. Y añade “A la luz de los datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia y confirmando en todos sus extremos la del Juzgado de Primera Instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”; de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 18 de noviembre de 2014 (LA LEY 188665,2014); de 3 de febrero de 2016 (LA LEY 1400,2016); de 19 de febrero de 2016 (LA LEY 9901,2016); de 19



de febrero de 2016 (LA LEY 6420,2016) indica que, el cambio de la política conciliadora de la empresa, no tiene calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (artículo 91 del Código Civil), por lo que se mantiene la guarda y custodia atribuida a la madre en convenio regulador, y la adopción de un régimen amplio de visitas que los próxima al sistema de custodia compartida; de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016,582) en base a la protección del interés de la menor y en consideración al informe pericial que se ha practicado, considera que la madre responde de forma positiva a las funciones de guarda y custodia y no es suficiente presentar la alternativa sobre la custodia paterna basada en la presencia de los abuelos paternos, puesto que el padre prefiere vivir con aquellos en la vivienda de los mismos, aunque se encuentre mejor ubicada. En todo caso, el incumplimiento reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de guarda acordado, podrá dar lugar a su modificación (artículo 776.3 LEC); de 9 de marzo de 2016 (LA LEY 15998,2016; RJ 2016,840) manifiesta que, la Sala bien reiterando en sentencias, entre las más recientes de 4 de febrero de 2016 y 11 de febrero de 2016, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida; por lo que se ha de dilucidar en cada caso concreto si se prima o no en la decisión que se adopta el interés del menor y sobre tal base no se acredita que en tan corto espacio de tiempo haya existido alguna circunstancia nueva de las que representaron los progenitores, fieles conocedores de todas ellas en lo personal, vital y familiar, cuando decidieron sobre la guarda y custodia del menor, con acuerdo que mereció la aprobación judicial; de 29 de marzo de 2016 (LA LEY 20620,2016; RJ 2016,1133) se indica que, si la atribución de la guarda y custodia a la madre, con reconocimiento de un régimen de visitas a favor del padre, tales como los implantados ya en noviembre de 2012, viene siendo beneficioso para el plano desarrollo personal y social del menor, como se ha demostrado, no se alcanza la razón por la que habría que sustituir aquel régimen por el de custodia compartida, máxime cuando se ofrecen argumentos que permitan pensar que este nuevo régimen fuera más beneficioso para el interés del menor, como así lo ha entendido también, el Ministerio Fiscal, en su escrito de oposición al recurso; de 12 de abril de 2016 (LA LEY 29688,2016; RJ 2016,1336) se modifica el régimen de guarda y se opta por la custodia compartida porque se da un cambio significativo de las circunstancias, en interés del menor, al apreciarse la capacitación de los padres, su implicación, la vinculación del hijo con ambos progenitores y la proximidad de los domicilios; de 13 de abril de 2016 (LA LEY 29690,2016; RJ 2016,1339) se procede a otorgar la guarda y custodia compartida al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el sistema anterior de custodia, pues, el padre ha sido absuelto de un delito de maltrato habitual y amenazas por los que le denunció su esposa. Dicha absolución constituye, precisamente, un cambio significativo de circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida por aplicación del artículo 92.7 del CC; de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,5413) para la modificación de la atribución es suficiente con probar un cambio significativo de las circunstancias sin que precise un cambio sustancial de la misma. Las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que basarse en un cambio sustancial, pero cierto. La nueva residencia del progenitor y la voluntad de los menores de trasladarse con él justifican ese cambio significativo, sin perjuicio de tener que analizar si tal medida es acorde con el preferente interés de éstos; de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022,1041); de 23 de noviembre de 2023 (JUR 2023,438859); y, de 27 de noviembre de 2023 (JUR 2023,435080) procede la modificación de la guarda y custodia en compartida. Nueva paternidad y reconstrucción de la vida afectiva del padre. Idoneidad como educadores de ambos progenitores; conveniencia que la menor desarrolle con facilidad y del menor modo con sus progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano.

Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 25 de mayo de 2015 (RJ 2015,4624); del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016,3338); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 25 de enero de 2008 (JUR 2008,167943) existencia de un procedimiento penal en el que aparece el esposo como imputado por un delito de violencia de género; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de

8 de marzo de 2012 (JUR 2012,122859) incurso el padre en diligencia previas del Juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de orden de alejamiento; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 20 de diciembre de 2012 (JUR 2013,34793) procedimiento contencioso divorcio ante el Juzgado de violencia sobre la mujer con penas de prohibición de acercamiento mutuo; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 26 de junio de 2013 (JUR 2013,267968) la existencia de un procedimiento seguido frente al esposo por un presunto delito de violencia doméstica hace inviable la atribución de la guarda y custodia compartida de la menor.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2022 (RJ 2022,2093) la rebeldía del demandado hasta el momento anterior al juicio. El hecho de no haber contestado éste a la demanda no significa que su pretensión en el recurso de apelación sea *ex novo* una cuestión distinta de la debatida en juicio, ya que no era otra que la de determinar el régimen más adecuado de estancia y comunicación de la hija con sus progenitores defendida en el plenario al que acudió interviniendo en la práctica de la prueba: el Tribunal “*ad quem*” debió pronunciarse sobre el fondo del asunto siquiera por afectar la cuestión al interés del menor de obligada observación por los tribunales, debiendo incluso en este caso haber practicado de oficio acto de audiencia del menor de 12 años. Se decreta la nulidad de las actuaciones; y, por otro, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2024 (JUR 2024,388683) no procede la modificación de la custodia materna por la custodia compartida por la nula relación entre los progenitores que, están sumidos en una situación altamente conflictiva y de total incomunicación. Tal situación, de que ambos resultan responsables y que ha trascendido a los menores, generando en ellos preocupación y desasosiego, hace inviable la custodia compartida, que exige habilidades para el diálogo y una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores.

<sup>144</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2017 (RJ 2017,4484); de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019,635) no procede el cambio a guarda y custodia compartida, pues, no se concreta que el cambio vaya a beneficiar a los menores. Viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres; de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019,631) “la Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que, el convenio se ejecutó. Así en la sentencia de 17 de noviembre de 2015 que declara, pariendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: 1. La menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador y, en la actualidad, tenía 10 años; 2. Los propios progenitores habría flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015 que valora que “en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que en el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su fía en el convenio regulador sobre la medida” (sentencia 162/2016, de 16 de marzo. El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril, de mantener así la sentencia recurrida “petrifica la situación del menor; de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, como ha recordado con reiteración este

sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre””. En la aplicación de la anterior doctrina procede la solicitud de sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad; de 5 de abril de 2019 (RJ 2019,1791) cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, unido al informe psicosocial favorable que determina la adopción de la guarda y custodia compartida por un aptitud favorable de ambos progenitores; de 24 de septiembre de 2019 (RJ 2019,3607) tiempo de estancia del menor prácticamente igual con los dos progenitores en todo este tiempo adoptado de común acuerdo. La adopción del sistema de custodia compartida no ampliaría la convivencia del menor con los padres, por lo que su interés no quedaría afectado. La pretendida falta de comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en la estancia de la menor; y, de 16 de junio de 2020 (RJ 2020,2294) cambio sustancial en las circunstancias, dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron. Trascendencia del informe psicosocial que no desaconseja la custodia compartida; de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4166) no puede pretenderse petrificar lo acordado en el convenio regulador, cuando concurren circunstancias que aconsejen su modificación; de 19 de abril de 2022 (RJ 2022,2083) modificación de la medida de guarda y custodia compartida por la custodia en favor únicamente de la madre; y, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) desde la ruptura matrimonial el recurrente viene disfrutando con normalidad del régimen de visitas con la menor, sin repercusiones negativas en la personalidad de la niña con la familia paterna. A esto añade la resolución que el trascurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. En fin, se ha producido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 años que, no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, cuya edad era de dos años y, asimismo, el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer, que impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento.

<sup>145</sup> LA LEY 29690,2016.

<sup>146</sup> RJ 2108,1600. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) el trascurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. El cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña de 8 años de edad, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad. Además, el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer que, impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento.

<sup>147</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 (RJ 2011,5438); de 18 de noviembre de 2011 (RJ 2012,1633); de 9 marzo 2012 (LA LEY 31826,2012); de 8 de mayo de 2015 (RJ 2015,1731); de 16 de julio de 2015 (RJ 2015,2782); de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,840); de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016,1131); y, de 20 de abril de 2016 (JUR 2016,87925); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de julio de 2013 (RJ 2013,5192).

<sup>148</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de abril de 2012 (LA LEY 56727,2012). Asimismo, la jurisprudencia ha señalado la dificultad de acudir a la vía casacional por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, cuando se invoca la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencia Provinciales, por cuanto las resoluciones de contraste que se invocan atienden a las circunstancias concretas y precisas de cada caso, para adoptar la solución más adecuada en cada supuesto, por lo que no existen en realidad criterios jurídicos contrapuestos (vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2011 (LA LEY 119737,2011)).

<sup>149</sup> Vid., sobre la materia en general, PEGUERO CARRERO, B. (2022). “Los animales de compañía en los procesos de crisis matrimoniales tras la entrada en vigor de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre de 2021”, *Diario La Ley*, número 1077, sección Tribunal, de 24 de noviembre, pp. 1-20.

<sup>150</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2014,74); y, de 16 de octubre de 2014 (RJ 2014,5165); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 18 julio de 2013 (RJ 2013,6655) los criterios expresados en la sentencia recurrida no acreditan que, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de los progenitores, se haya observado los principios establecidos para descartar el régimen preferente de custodia compartida. El nivel de conflictividad ni resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio de criterio legal preferente de la custodia compartida. La alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.ª, de 5 de septiembre de 2012 (JUR 2012,369126), el mero hecho de que haya malas relaciones entre los progenitores no es por sí mismo suficiente para establecer la custodia individual; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 26 de mayo de 2014 (AC 2014,1128) la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores no es causa bastante para no acudir a una custodia compartida; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 24 de julio de 2014 (JUR 2014/220687) no puede denegarse solo con base a la mala relación de los progenitores y la inexistencia de informe favorable del Fiscal. No se deduce de los hechos probados que la difícil relación de los padres, perjudique el interés del menor; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2014,268576) pésima relación entre los padres que, no lo hacen prevalecer sobre las necesidades de los hijos que, han sido capaces de organizarse y existe capacidad de preservar a los menores del conflicto; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 2 de diciembre de 2014 (JUR 2015,57125).

<sup>151</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (RJ 2011,5676); y, de 27 de junio de 2016 (RJ 2016,3717).

<sup>152</sup> Roj. STS 4342/2014; ECLI:ES:TS:2014:4342.

<sup>153</sup> Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 2014 (RJ 2014,5268) conflictividad perjudicial para el interés del menor; de 26 de mayo de 2016 (RJ 2016,2292) padre incurso en un procedimiento abreviado por delito de coacciones a la madre. Relación de absoluta falta de respeto hacia su ex pareja. Necesidad que el menor viva en un ambiente de convivencia pacífico y estable emocionalmente. Por lo que, partiendo del delito cometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por sus ausencias, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues, afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente; de 21 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4451) conflictividad y animadversión existente entre los progenitores que hace desaconsejable, por el momento, un sistema de custodia compartida. Entre los progenitores no existe un mínimo de capacidad de diálogo, pues, como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS; y, de 7 de julio de 2022 (RJ 2022,3539) conflictivas relaciones entre los progenitores constatadas en el dictamen psicológico obrante en autos. Discrepancias entre los litigantes con manifestaciones en el ejercicio de la patria potestad, cruce de denuncias penales, tratamiento psicológico a que se encuentra sometida la recurrente por las conflictivas relaciones con el que fue su pareja y padre de sus hijos, que van más allá de las propias manifestaciones de una crisis de convivencia que trasciende sobre los hijos. Conflicto vivo y latente. Por lo que, se recomienda la custodia exclusiva a favor de la madre por encontrarse los menores adaptados bien a ella y mostrar éstos dicha preferencia; y, la sentencia del tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 4 de marzo de 2015 (RJ 2015,861) conflictividad entre los progenitores notable.

<sup>154</sup> LA LEY 152551,2014. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 15 octubre 2015 (RJ 2014,4894); de 19 febrero 2016 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524); y, de 18 de julio de 2019 (RJ 2019,3002); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 4 marzo 2015 (RJ 2015,861); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 27 mayo 2014 (AC 2014,534); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 18 noviembre 2014 (JUR 2015,41006) malas relaciones de los progenitores, y falta de Plan de Responsabilidad parental aportado por el padre que, solicita la custodia compartida y postura expresamente negativa del hijo a un nuevo cambio personal; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 27 de abril de 2015 (JUR 2015,168549); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 30 de abril de 2015 (JUR 2015,150733); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, de 15 de julio de 2015 (JUR 2015,264839); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de septiembre de 2015 (JUR 2015,261055).

<sup>155</sup> RJ 2022,3539.

<sup>156</sup> JUR 2024,237985.

<sup>157</sup> JUR 2024,388683.

<sup>158</sup> LA LEY 10275,2015. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de septiembre de 2015 (RJ 2015,4179), la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión; de 21 de octubre de 2015 (RJ 2015,4784); de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016,248); y, de 19 de febrero de 2016 (Roj. STS 524/2016; ECLI:ES:TS:2016:524). Con anterioridad, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2014,74) que a la vista de esta doctrina opta por la guarda y custodia compartida y declara que: “1. No consta que la mala relación entre los cónyuges pueda afectar a los menores, hoy con seis años de edad ambos, dado que el propio padre permitió tras el auto de medidas provisionales, las estancias durante la semana con la madre, que no estaban previstas; 2. No consta que la madre desarrolle un rol pernicioso para con los hijos; y, de 29 de noviembre de 2013 (RJ 2013,7449). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 16 de enero de 2014 (JUR 2014,54581) señaló que, la conflictividad entre ambos progenitores no era de tal gravedad como para dificultar seriamente el régimen de guarda propuesto.

<sup>159</sup> RJ 2016,1339.

<sup>160</sup> RJ 2018,100.

<sup>161</sup> RJ 2018,2417.

<sup>162</sup> JUR 2023,438859.

<sup>163</sup> LA LEY 119131,2015.

<sup>164</sup> LA LEY 15998,2016. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 154/2012, de 9 de marzo (RJ 2012,5241) existe una conflictividad entre los progenitores cuya comunicación se realiza por mensajes de móvil que perjudican el interés del menor según informe psicosocial emitido; y, de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,842) malas relaciones entre los cónyuges que impiden un mínimo de colaboración y diálogo.

<sup>165</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015,5043); de 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5624) donde se declara que, los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otras de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos; y, de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016,30008) donde se indica que “una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparte al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos; y, de 14 de febrero de 2018 (RJ 2018,460); y, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 (JUR 2016,13810); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio de 2014 (JUR 2014,201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2015 (JUR

2015,166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, de 21 de septiembre de 2015 (JUR 2015,243595); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2015 (JUR 2015,10519). Por su parte, el artículo 3.8 b) apartado 4 de la Ley Foral 3/2011 de Navarra señala que, la simple denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no es suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuir la guarda y custodia de éstos a favor del otro.

<sup>166</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de abril de 2011 (RJ 2011,3152); y, de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016,260) no pueden dejar sin respuesta hechos indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia les colocaría en una situación de riesgos por extensión al que sufre su madre, directamente amenazada. Y, es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marzo de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

<sup>167</sup> Roj: STS 2304/2016; ECLI:ES:TS:2016:2304.

<sup>168</sup> RJ 2016,2292.

<sup>169</sup> Roj: STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161.

<sup>170</sup> RJ 2017,352.

<sup>171</sup> Roj: STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255.

<sup>172</sup> RJ 2021,2616. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (RJ 2021,1427) la custodia compartida resulta incompatible con actos de violencia de género. Se trata de un patrón prolongado en el tiempo que, constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que además proyectó sobre la hija común, durante la sustanciación del recurso de casación que se dictó sentencia penal condenatoria con orden de alejamiento. Mal pronóstico de coparenting. Por todo ello, no se puede considera que un régimen de custodia compartida sea conveniente para el interés y beneficio de la niña; pues, existe una dinámica de imposición del demandado y desconsideración hacia la actora, que además proyecta sobre la hija común que, no genera un clima proclive a su establecimiento, que requiere una intensa colaboración entre los progenitores y un modelo de respeto recíproco que además, sirva de ejemplo o pauta de actuación para la menor que, en este caso, no concurre por el comportamiento del padre.

<sup>173</sup> RJ 2021, 4972.

<sup>174</sup> Como indica el Preámbulo de la Ley “se modifica la Ley Orgánica 1/2004 con el objetivo de dar cumplimiento al Pacto de Estado contra la violencia”.

También se da nueva redacción al artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 en relación con la acreditación de situaciones de violencia de género que señala: “*Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en esta Ley se acreditará mediante una sentencia condenatoria por cualquiera de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres prevista en esta Ley, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicio que la demandante es víctima de violencia de género. También podrá acreditarse las situaciones de violencia contra las mujeres mediante informa de los servicios sociales, de los servicios especializado, o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativa de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. En el caso de víctimas menores de edad, la acreditación podrá realizarse, además, por documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía o al órgano judicial. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñarán, de común acuerdo, los procedi-*



mientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género”.

<sup>175</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 (JUR 2015,4751).

<sup>176</sup> RJ 2022,2220.

<sup>177</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 y de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010,2329 y RJ 2010,2340); de 7 de julio de 2011 (RJ 2011,5008); y, de 25 de abril de 2014 (RJ 2014,2651).

<sup>178</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2016 (RJ 2016,842).

<sup>179</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015,5043); de 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5624); de 4 de febrero de 2016 (LA LEY 1554,2016); y, de 25 de abril de 2016 (LA LEY 39317,2016); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2016 (LA LEY 207,2016); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2012 (JUR 2012,122859) el padre se haya incurrido en diligencias previas del Juzgado de violencia de género y condenado por delito de quebrantamiento de medida cautelar de la orden de alejamiento; y, de 25 de abril de 2013 (JUR 2013,202016) padre condenando penalmente en sentencia firme como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 16 de junio 2014 (JUR 2014,201094); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2015 (JUR 2015,166601); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 21 de septiembre de 2015 (JUR 2015,243595); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 13 de noviembre de 2015 (JUR 2016,10519) existencia de una condena penal firme por violencia de género; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 25 de noviembre de 2015 (JUR 2016,127498) la existencia de un procedimiento penal abierto por violencia de género.

<sup>180</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 8 de octubre de 2013 (RJ 2013,8496); y, de 24 de junio de 2014 (RJ 2014,3574); y, las sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 14 de abril de 2014 (LA LEY 70511,2014); y, de 1 de diciembre de 2014 (RJ 2014,6740).

<sup>181</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 252/2011, de 7 de abril (RJ 2011,3152) padre condenado por amenazas al cónyuge y la existencia de un indicio de violencia en su comportamiento hacia su cónyuge; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 12 de enero de 2015 (JUR 2015,101696) episodio violento protagonizado por el padre y presenciado por las hijas que motivó la denuncia, lo que excluye la conveniencia de custodia compartida; y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 16 de octubre de 2015 (JUR 2016,25912) existencia de conflictividad reinante entre progenitores y los hijos, e indicios violencia en el hogar.

<sup>182</sup> UREÑA CARAZO, B. (2016). “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género”, *LA LEY Derecho de Familia*, año 3, número 11, julio-septiembre, pp. 9-10.

<sup>183</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 13 de octubre de 2014 (JUR 2015,4751).

<sup>184</sup> LA LEY 1554,2016.

<sup>185</sup> LA LEY 52462,2016. Por su parte, mientras que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, secc. 1.ª, de 30 de septiembre de 2015 (núm. Recurso: 10238/2015) (JUR 2015,236038) tras la condena de Inocencia por delito de asesinato en grado de tentativa sobre su compañera sentimental y en presencia de la hija menor de ambos, acuerda la pena de privación de patria potestad de Inocencia en relación a su hija menor María, y asimismo, a la pena de alejamiento en relación con la indicada menor hasta que llegue a la mayoría de edad; en la sentencia del Tribunal de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2014 (RJ 2014,1825) en cambio, pese haber terminado con sentencia firme condenatoria en un proceso penal entablado contra la madre por violencia intrafamiliar; el



juez no impone a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

<sup>186</sup> RJ 2015,5043.

<sup>187</sup> RJ 2015,564.

<sup>188</sup> RJ 2016,1698.

<sup>189</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, núm. 8/2013, de 12 de febrero (RJ 2013,12890) ante esta situación el informe psicológico practicado, recomienda el cuidado de la hija a favor del padre y un incremento de los contactos entre madre e hija. Influencia negativa de la madre predisponiendo a la menor contra su padre.

Por su parte, GUERRA GONZÁLEZ, J. (2025). “Yo (me) acuso-Alienación parental hecha fácil”, *Diario LA LEY, número 10672, sección Tribuna, de 25 de febrero*, p. 2 señala que “la ruptura intencionada e injustificada del vínculo entre padres e hijos, comúnmente llamada alienación parental (AP), es probablemente el último caso de maltrato infantil todavía ignorado. Como resultado, aún se desampara a las víctimas y se blanquea a quienes las agreden”. Si bien, matiza que “a veces es necesario cortar deliberadamente los lazos parentales en beneficio de los menores, por ejemplo, en caso de su acogida forzosa por su abuso grave y flagrante. La proporcionalidad de la medida será clave para decidir si esta intervención alienadora está justificada, pues, la mera ruptura del vínculo parental supone por sí misma un perjuicio considerable para los hijos”. Por tanto concluye “si el daño del que queremos proteger al menor es mayor que el causado por cortar el vínculo parental a través de nuestra intervención, entonces será esta proporcionada y, por lo tanto, también justificada y aceptable desde el punto de vista del bienestar del menor y, si no debería omitirse la misma”.

<sup>190</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2017 (Roj. STS 161/2017; ECLI:ES:TS:2017:161); de 22 de febrero de 2017 (Roj. STS 582/2017; ECLI:ES:TS:2017:582); de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226); de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255); y, de 27 de octubre de 2021 (Roj. STS 4022/2021; ECLI:ES:TS:2021:4022). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 2016 (Roj. STS 1638/2016; ECLI:ES:TS:2016:1638) señala que la absolución del delito de maltrato habitual al cónyuge constituye un cambio de circunstancias esencial a valorar en una eventual modificación de medidas.

<sup>191</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2021 (Roj. STS 1226/2021; ECLI:ES:TS:2021:1226) no procede la guarda y custodia compartida por condena en un procedimiento penal por actos prolongados de vejación de un progenitor (padre) al otro progenitor (madre); y, de 31 de mayo de 2021 (Roj. STS 2255/2021; ECLI:ES:TS:2021:2255) progenitor incurso en un procedimiento penal de agresión a la madre. No procede la guarda y custodia compartida, al no tener el *coparenting* buen pronóstico.

<sup>192</sup> Roj. AJVM CA 1/2020; ECLI:ES:JVMCA:2020:1A.

<sup>193</sup> BOE, número 195, de 15 de agosto de 2022, pp. 118535 a 118545.

<sup>194</sup> RJ 2023,800.

<sup>195</sup> JUR 2023,444836.

<sup>196</sup> Vid., el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial en su reunión del día 13 de noviembre de 2024) favorable al citado Anteproyecto; igualmente, en este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social relativo al mencionado Anteproyecto, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 24 de julio de 2024.

El Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 22 de julio de 2024; el Informe de la Plataforma del Tercer Sector al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores en entornos digitales julio 2024, entre otros, el 265 de marzo de 2025 el Consejo de Ministros Ha remitido a las Cortes el Proyecto de Ley Orgánica para proteger a los menores de edad en los entornos digitales. la futura Ley establece que, en el ámbito digital, los menores de edad tienen derecho a ser eficazmente protegidos, a la información veraz y al acceso equitativo y efectivo, a dispositivos y conexiones digitales. La

norma busca tutelar los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen y favorecer un uso responsable de las tecnologías a través del fomento de las competencias digitales.

La norma, asimismo, recoge la obligación para los fabricantes de terminales móviles de que estos dispongan de sistemas de control parental que sean efectivos, gratuitos y accesibles. además, regula de manera exhaustiva el acceso y la activación de los denominados “mecanismos aleatorios de recompensa (también llamados “loot boxes”) presentes en algunos videojuegos y plataformas, un punto que se ha trabajado ya en el seno de la Comisión Europea.

En el ámbito educativo, el texto conjuga el fomento de las competencias digitales con la obligación que los centros educativos regulen expresamente el uso de los dispositivos móviles y digitales, tanto en las aulas como en las actividades extraescolares, de acuerdo con las normativas autonómicas que ya existen o que tendrán que aprobarse.

En relación con las violencias que tienen lugar en el entorno digital, la futura ley Protege de manera muy especial a los y las menores de la violencia de género y de la sexual. La víctimas contarán con acceso pleno a servicios de información, orientación y acompañamiento psicológico, social e incluso jurídico.

En el campo sanitario, se obliga a las administraciones competentes a elaborar guías y programas de promoción de la salud con énfasis en la prevención de comportamientos adictivos que pueden generar las redes sociales,

Los poderes públicos deberán también elaborar una estrategia nacional para la protección de la infancia y la adolescencia en el entorno digital que acompañe al nuevo marco legislativo.

Entre los grandes ejes de esta estrategia, se opta por un plan de alfabetización mediática para que los niños, niñas y adolescentes conozca sus derechos en este ámbito y sepan como ejercerlos. También el Gobierno pretende poner en marcha en colaboración con los Ayuntamientos y la Federación Española de Municipios y Provinciales, una escuela de madres y padres para los entornos digitales. igualmente, se pretende impulsar laboratorios públicos de cultura digital, concebidos como espacios de creación, participación y desarrollo para los menores y jóvenes Otro pilar de la estrategia lo constituye un plan de investigación sobre los efectos de la tecnología en los menores.

Por otra parte, el proyecto de ley reforma diversas normas para reforzar la protección de los menores en el entorno digital. en primer lugar, modifica la legislación para permitir la intervención judicial a la hora de ejecutar una medida de interrupción temporal de un servicio digital que este ofreciendo contenido inadecuado a los menores o la retirada de ese contenido.

Además, introduce cuatro novedades en el Código Penal, incorpora en el catálogo de penas la prohibición que los agresores se comuniquen con las víctimas en los entornos digitales; establece como delito poner a disposición de los menores material pornográfico de manera indiscriminada; tipifica como delitos contra la integridad moral los “deepfakes” (ultrafalsificaciones creadas con el ánimo de parecer reales en las que se usa la imagen o la voz de una persona), de contenido sexual o gravemente vejatorio; y considera como agravante en los delitos contra la libertad sexual la creación por parte de personas adultas de perfiles falsos para parecer menores y ganarse así la confianza de las víctimas. Se procede a modificar la legislación sobre grooming para agravar los delitos contra la libertad sexual, se crea las “órdenes de alejamiento digital” que impedirá a los agresores comunicarse con sus víctimas en entornos digitales. En fin, se establece una protección especial contra las violencias de género y sexuales en entornos digitales, reconociendo a los menores como víctimas.

Por último, se modifica la Ley General de Comunicación Audiovisual para que los grandes operadores de comunicación y los “influencers” con un número elevado de seguidores cuenten obligatoriamente con canales de denuncia ante contenidos inapropiados para los menores. además, deberán informar del contenido que pueda ser perjudicial para los menores, utilizar sistemas de verificación de edad que sean efectivos y separar los contenidos de naturaleza pornográfica o violenta del resto.

En este contexto, el Consejo de Ministros también ha abordado la transposición de una directiva europea relativa a la definición de delitos y las sanciones por la vulneración de medidas restrictivas de la Unión Europea. entre otras novedades, se prevé la responsabilidad penal por el incumplimiento de las medidas restrictivas de la UE por parte de personas jurídicas que podrán ser sancionadas de acuerdo a su facturación mundial. también se modifica el delito de blanqueo de capitales para agravar la pena cuando los bienes provengan de la comisión de un delito contra el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE.

<sup>197</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2024 (JUR 2024,237965) señala que no puede establecerse un régimen de visitas entre abuelos y nietos cuando no hay impedimento de relación entre ambos o cuando la que se permite no resulta injustificadamente insuficiente. La abuela paterna de un menor presentó una demanda contra la madre del niño en solicitud de efectividad de los derechos del artículo 160 del CC, pidiendo que se fijara un régimen de visitas respecto de su nieto. A ello se opuso la demandada, que negó haber impedido a la actora visitar a su nieto y señaló que estaba con él todas las semanas. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que no se estaba ante el supuesto de un menor que no mantiene relación con su abuela paterna porque así lo estén impidiendo los progenitores, pues, la relación personal entre abuela y nieto ya está teniendo lugar con ocasión del régimen de visitas paterno filial establecido en la sentencia de divorcio. Interpuesto recurso de apelación para la actora, fue estimado por la Audiencia Provincial que, revocó la sentencia de instancia y fijó un régimen de visitas consistente en una estancia intersemanal los miércoles de las semanas en las que no corresponda al menor estar el fin de semana con su padre. Disconforme la madre del niño con este pronunciamiento, deduce recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado. Recuerda que al aplicar e interpretar el artículo 160.2 del CC en lo que respecta a las relaciones entre abuelas y nietos, ha dicho que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, ya que ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, y que, no obstante, el precepto permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, teniendo siempre como guía fundaméntela al interés superior del menor. Sin embargo, aclara que lo que no ha dicho la Sala es que el artículo 160.2 del Código Civil se pueda aplicar cuando no existe impedimento a la relación entre los nietos y los abuelos o cuando la que se permite, no resulte injustificadamente insuficiente. Comparte el criterio del fiscal que del propio tenor literal del precepto y de una interpretación teleológica del mismo se desprende que sólo procede el reconocimiento de visitas a los abuelos para poder relacionarse con sus nietos cuando efectivamente se les impida tener relación con los nietos o cuando, dadas las circunstancias concurrentes, ese acceso sea muy restringido y el interés del menor exija ampliarlo. Es, por ello, que considera el Alto tribunal que la decisión de la Audiencia en el caso enjuiciado no es correcta porque aplicar indebidamente el artículo 160 del CC y no está amparada por la doctrina jurisprudencial. Asimismo, explica que, establece un régimen de visita a favor de la abuela sin considerar que lo pretendido en la demanda se fundamenta, únicamente, en la afirmación de la actora que la demandada le impide sistemáticamente visitar a su nieto, y sin invalidar ni enmendar los hechos probados de la sentencia de primera instancia, en la que se declara que la demandante sí tiene relación con su nieto, puesto que convive con su hijo, el padre del niño y, por lo tanto, lo ve y puede estar con él cuando se encuentren el régimen de visitas con su padre. Para el Tribunal Supremo, además, la decisión de la Audiencia es en cierta medida paradójica, pues provoca que la relación personal del menor con su abuela sea incluso mayor que la que tiene con su padre, al añadir a la que ya mantiene a través del régimen de visitas del que disfruta su hijo; la que resultaría de la estancia intersemanal los miércoles en la semana que no corresponda con el fin de semana con el padre.

Por otra parte, la posibilidad de relacionarse con su tía paterna se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2025 (JUR 2025,13024). En este

caso, la sentencia recurrida parte del interés de Virtudes en mantener relaciones con las dos ramas de la familia, y en particular con la hermana por parte de padre. La valoración que realiza sobre este particular la Audiencia no cambia porque con posterioridad se haya dictado la sentencia penal que condena al padre, entre otros delitos, por violencia de género, y le haya privado de la patria potestad durante cinco años, pues la sentencia no se refiere a las relaciones con el padre, sino que pone en valor la relación con la hermana, no solo por lo favorable que genéricamente puede resultar para los menores el mantenimiento del mayor número de relaciones familiares con ambas ramas, sino por el interés concreto y específico de Virtudes en una relación fraterna, su recuperación o reinicio, apuntando a los beneficios de una relación que puede mantenerse indefinidamente, y que solo por circunstancias excepcionales debe perturbarse. Más adelante, la sentencia refuerza este argumento apuntando al beneficio que derivaría para Virtudes de que la relación con su hermana no se pierda definitivamente ponderando también las decisiones adoptadas por la madre y que han influido en el arraigo de su hija y en las relaciones estables que mantenía con un conjunto de allegados y familiares en su ciudad de origen, Huelva, y que la Audiencia considera que podrá verse favorecido precisamente por la medida que adopta, tendente a lograr una consolidación del conjunto de relaciones personales de la menor y en su propio beneficio. En este contexto, la Audiencia, para estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda y rechazó el establecimiento de las visitas o comunicaciones con la hermana por parte de padre, ateniendo a unas razones muy concretas. En primer lugar, la sentencia recurrida, que escuchó a Virtudes y a Amalia, subsanando así la omisión en que incurrió el juzgado al rechazar la exploración solicitada por la demandante, da poca credibilidad a las manifestaciones de Virtudes sobre su voluntad de no querer tener contacto con su hermana, manifestaciones que la Audiencia considera que pueden venir influidas o sugeridas por la madre o por su defensa, tanto por el lenguaje impropio de su edad, por su discurso forzado y formal, por su exposición menos natural y creíble que cuando habla de otros aspectos de su vida. En segundo lugar, la sentencia recurrida afirma que no hay nada en la causa, ni en las manifestaciones de Virtudes que invite a pensar que tiene temor o siente temor de su hermana Amalia, o incluso de su padre, y que lo que decía no era en realidad tener miedo, aprensión o dudas sobre las consecuencias de una entrevista o contacto con su hermana, sino más bien reflexiones generales —que la sentencia, con arreglo a la valoración conforme a la sana crítica, considera como poco naturales en una niña de esa edad— a propósito de las consecuencias que debe tener un acto de maltrato cometido por su padre. En tercer lugar, la sentencia recurrida declara que no hay constancia de que Amalia haya cometido alguna clase de violencia o tenga algún enfrentamiento con ella, más allá de la evidente discrepancia que tiene con la madre de Virtudes, la demandada, con su letrado y con Verónica, respecto a los hechos que dieron origen a la condena penal. Finalmente, la sentencia recurrida hace referencia a los sentimientos de Amalia y su voluntad de desplazarse desde Huelva a Córdoba para mantener la relación con Virtudes, lo que no significa que la Audiencia priorice el interés de la hermana, que ya es mayor de edad, sino que toma en consideración la expresión del verdadero deseo de la hermana de fomentar una relación fraterna que la sentencia recurrida considera beneficiosa para la menor. Frente a esta motivación, el recurso de casación no combate los datos objetivos de los que parte la sentencia, y se limita a cuestionar la valoración del interés de Virtudes por entender que lo que se busca con la solicitud de visitas a favor de la hermana es esquivar la suspensión del régimen de visitas con el padre. Pero esta alegación no puede prosperar. No se trata en el caso de la comunicación de la niña con el padre, sino con una hermana de la niña por parte de padre, y la sentencia recurrida, tras apreciar el interés de la niña en el establecimiento de un sistema de comunicación entre las hermanas en los términos que hemos expuesto, da cumplimiento al mandato que se deriva del segundo párrafo del artículo 160 del CC de asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores. En este sentido, la Audiencia ha establecido un minucioso sistema de comunicaciones tuteladas y en

un punto de encuentro, que va acompañado de las garantías que derivan de la supervisión judicial en ejecución de sentencia a las que se refiere expresamente la propia sentencia, de tal manera que se evita que el riesgo temido por la recurrente pueda materializarse. El recurso de casación, en definitiva, va a ser desestimado, porque la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala, ya que ha valorado el interés superior de Virtudes, sin que la recurrente haya desvirtuado los datos objetivos en los que se basa la decisión de la sentencia, que se ajusta al canon de motivación reforzada exigido constitucionalmente para la ponderación del interés de la niña.

De nuevo, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 2025 (JUR 2025,13032) sobre la relación de abuelos con el nieto. Al respecto, manifiesta que, la resolución impugnada, que reconoce el derecho de los recurridos a relacionarse con sus nietos, es correcta. Se ajusta al marco legal y a la doctrina jurisprudencial que protege las relaciones personales del menor con sus abuelos, salvo que concurra una justa causa que lo impida. Respeta, asimismo, el principio fundamental del interés superior del menor. La Audiencia Provincial considera que la madre influye en el aparente rechazo de los menores hacia sus abuelos y no acepta la absolución del padre en el proceso penal. Observa que la sentencia que lo absuelve menciona una grabación realizada por la madre a los niños, considerada poco espontánea y con preguntas dirigidas, además, se destaca que el informe realizado por las psicólogas forenses fue calificado por el tribunal penal como «no excesivamente riguroso». Valora que la relación entre abuelos y nietos, antes constante y fluida, desaparece en torno al juicio penal y se corta por completo tras la sentencia absolutoria. Señala que los problemas psicosomáticos de Braulio se detectan después de que la madre hablara con los niños sobre el proceso. Además, la Audiencia Provincial resalta que, a pesar de los intentos persistentes de los abuelos por restablecer la relación, no lograron recuperar el contacto con los menores.

Por su parte, el tribunal de apelación concluye que los abuelos reúnen las condiciones necesarias para poder relacionarse con sus nietos y que la razón principal del rechazo, las referencias al padre, parece responder más al interés de la madre que a un perjuicio real para los menores. La Audiencia Provincial no considera que esta razón sea suficiente para impedir el contacto entre los abuelos y los menores, aunque advierte que los abuelos, al menos en este momento, deben abstenerse de hablar insistentemente del padre a sus nietos. En este sentido, el tribunal también señala que el problema con el padre es un asunto distinto y que lo que se está resolviendo en este caso es la relación de los menores con sus abuelos. Nuestra jurisprudencia ha subrayado la importancia de preservar las relaciones entre los menores y sus abuelos, dado que estos desempeñan un papel fundamental en la transmisión de valores, la estabilidad emocional y la cohesión familiar. Además, el régimen de visitas establecido por la Audiencia Provincial, que restringe lo que los abuelos originalmente solicitaban, y la advertencia de que el régimen puede suspenderse o limitarse, «si se observara, a juicio del juez, algún perjuicio para los menores, como pudiera ser la insistente referencia al padre por parte de los abuelos», minimiza el riesgo y asegura la protección del bienestar de los niños. Por otro lado, los argumentos de la recurrente y la fiscal no logran desvirtuar lo esencial de la resolución recurrida: el reconocimiento del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos y la inexistencia de una justa causa que impida dicho contacto. Dado que el padre de los menores ha sido absuelto de los delitos por los que fue juzgado y la sentencia absolutoria es firme, resulta improcedente seguir aludiendo a las acusaciones de agresión sexual o sostener que el contacto de los niños con sus abuelos puede hacerles revivir situaciones dolorosas y perjudiciales. El principio de presunción de inocencia y el efecto de una sentencia absolutoria firme impiden mantener un estigma sobre el padre y utilizarlo como argumento para restringir derechos o relaciones familiares. Es cierto que, en la exploración, los menores manifestaron que les incomodaba que sus abuelos les hablaran de su padre y que, por este motivo, no querían verlos. Sin embargo, también se desprenden de sus declaraciones elementos que matizan esta postura. Braulio reconoció que, más allá de esa cuestión, la relación con sus abuelos era buena, que los trataban bien, jugaban juntos y no había ningún problema.

Afirmó que le gustaba estar con ellos, al igual que a ellos con él. Por su parte, Natalia mostró una negativa más firme a retomar el contacto, pero admitió que antes de la interrupción veía a sus abuelos regularmente, que quedaban en parques, jugaban y se divertían, y que llevaba años viéndolos sin problemas.

Ciertamente, es difícil justificar, salvo que se asuma que hasta entonces los abuelos nunca mencionaron al padre —lo cual no es lógico ni razonable— que el contacto se suspendiera de forma repentina justo cuando se aproximaba el juicio penal. Este hecho refuerza la apreciación de la Audiencia Provincial de que la menor podría estar influenciada por su madre, con quien, al igual que su hermano, habló previamente sobre la exploración que se les iba a realizar. Es comprensible, atendido lo expresado por los menores, que, en la relación entre los abuelos y aquellos, se eviten las referencias constantes al padre. Sin embargo, ello no implica que se deba imponer un silencio absoluto sobre su figura. Prohibir cualquier mención, incluso para afirmar que el padre es inocente y que los quiere, supondría una censura desproporcionada que podría afectar tanto la identidad de los menores como su derecho a mantener vínculos con su familia paterna. Condicionar la relación entre los abuelos y los nietos a la negación absoluta de la existencia del padre implicaría una interferencia artificial en la construcción de la realidad familiar de los menores. Por tanto, aunque los abuelos deben actuar con sensibilidad y prudencia al abordar este tema, la exclusión total de cualquier referencia al padre carece de justificación y no puede basarse en el interés superior de los menores. Esto responde más bien a una interpretación sesgada de la situación que desconoce tanto el efecto jurídico y social de la absolución como la verdadera protección de dicho interés. No se garantiza mejor la protección del interés superior de los menores eliminando por completo, sin motivo, cualquier mención al padre por parte de los abuelos, independientemente de si dicha mención es pertinente en el contexto de la relación de estos con sus nietos. El interés superior del menor debe ser el principio rector en todas las decisiones que le afecten. Aunque la opinión del menor es relevante, no es vinculante. Lo que procede es evaluar todas las circunstancias del caso para determinar lo que es más beneficioso para el menor, incluso si ello difiere de su deseo expreso. La sentencia 705/2021, de 19 de octubre, declara en este sentido: «La valoración de las manifestaciones y la voluntad expresada por el menor deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica, según la lógica y la experiencia del juzgador. Además, esa voluntad debe ponderarse en función del interés superior del menor que, como reitera la jurisprudencia de esta sala, “no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas). “(...) la doctrina de la Sala (...) ha negado que la voluntad del menor sea vinculante para el juzgador, quien debe basarse en el interés superior del menor, sin que pueda atribuírsele al menor la responsabilidad de la decisión. Pero es relevante una opinión libremente emitida, no mediatizada o interferida por la conducta o la influencia de alguno de los padres, cuando sus razones sean atendibles porque no están inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, y no esté desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los que, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores.”. Finalmente, el argumento que atribuye a los abuelos la causa de los padecimientos de Braulio carece de fundamento. Los síntomas físicos, como los dolores abdominales que llevaron a su ingreso hospitalario no surgieron mientras mantenía contacto con sus abuelos, sino que comenzaron —en febrero de 2022— cinco meses después de haber dejado de verlos. Además, la hipótesis de dicho trastorno no está relacionada con la conducta de los abuelos, sino con un “conflicto no resuelto y/o con la amenaza de verse expuesto a una situación de riesgo”. Este planteamiento se relaciona con lo que la madre refirió a los médi-



cos sobre la denuncia de abusos sexuales interpuesta contra el padre y la posterior sentencia absolutoria. Todo ello refuerza, también, la apreciación de la Audiencia Provincial de que la madre habla con los niños sobre el proceso penal y que, poco después, Braulio comienza a experimentar dolores y dificultades en la deambulación que finalmente se consideran de origen psicossomático. En definitiva, para la Sala de lo Civil, la resolución de la Audiencia Provincial debe considerarse correcta y adecuadamente motivada, ya que se basa en el principio fundamental del interés superior del menor, el cual exige garantizar el derecho de los menores a mantener relaciones personales con sus abuelos, salvo que exista una justa causa que lo impida. El tribunal ha valorado la importancia de preservar estas relaciones familiares, actuando con prudencia y cautela, y demostrando sensibilidad hacia los sentimientos de los menores. En este sentido, ha subrayado la necesidad de que los abuelos eviten, en este momento, referirse de manera insistente a su hijo cuando estén con sus nietos, advirtiéndole que la relación podría suspenderse o limitarse si tales referencias causan perjuicios a los menores. No obstante, no ha excluido de forma absoluta la figura paterna, especialmente considerando la absolución —ya firme— del padre en el proceso penal. Además, no se ha demostrado que la relación con los abuelos cause perjuicios a los menores, y la incomodidad o negativa expresada por ellos no constituye una justificación suficiente para impedirla, ya que su voluntad no determina automáticamente y por sí sola su interés superior. Por las razones expuestas, se desestima al recurso de casación.

En fin, también se contempla este derecho de relacionarse de padres e hijos, el artículo 60.1 del Código Foral aragonés: “El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja”. Asimismo, el artículo 75.2 establece que “la finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas”. También, el artículo 44 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia “los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Asimismo, tienen derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil, y en particular, con los abuelos”.

<sup>198</sup> BOE, número 21, de 24 de enero de 2009; RTC 2008,176. Asimismo, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,36670) el régimen de visitas se configura como un derecho inexcusable de los hijos menores encaminada a favorecer su correcto desarrollo en todos los órdenes, evitando con él, las disfunciones que puede originar la falta en su vida de una de las figuras paternas, padre o madre, con todo lo que tal referencia comporte para su personas. Será el previo acuerdo de las partes la que determine de qué modo se cumple el régimen de visitas en función de sus necesidades.

<sup>199</sup> Roj STS 5537/2014; ECLI:ES:TS:2014:5537.

<sup>200</sup> RJ 2002,5905. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486029) se propone un derecho de visitas a favor del padre (condenado como autor de dos delitos de violencia de género) sin dar a los menores la oportunidad de ser oídos. Existe una necesidad de dar audiencia a los menores. El argumento de la Audiencia Provincial consistente en que “es más que previsible que la interrupción prolongada de contacto entre ellos debilite progresivamente el vínculo, de manera que de no invertirse ese escenario a corto plazo al final acabe perdiéndose de una forma irreparable”. Además, no supera el canon de motivación reforzada que exige el artículo 94 del CC, cuando está en juego el interés superior de los menores. De ahí que, procede la nulidad de la sentencia de apelación con retracción de las actuaciones a los efectos que se dé a los menores la oportunidad de ser oídos, con sus pensión interina del régimen de comunicación.



<sup>201</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de junio de 2024 (JUR 2024,229310).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2022 (RJ 2022,2864) las visitas del padre acordadas son casi equivalentes a una custodia compartida. No se infringe el artículo 92 del Código Civil, ni la doctrina de la Sala dadas las circunstancias fácticas y la necesaria flexibilidad con que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior le menor. Desarrollo normal y sin incidentes de la forma que de llevo a cabo el amplísimo régimen de vistas con pernocta. Capacidad de ambos progenitores.

<sup>202</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 2020 (RJ 2020,2294); de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4165); y, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,3745) en caso de custodia compartida.

<sup>203</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2021). “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, *op. cit.*, pp. 206-207; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). “Comentario al artículo 94 del Código Civil”: En: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.). *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, p. 239.

<sup>204</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2022 (RJ 2022,2656) se acuerda un régimen de visitas de los progenitores residentes en países distintos. Respecto a los gastos de desplazamiento de determina un reparto equitativo de cargas tanto si se desplaza el menor, como si uno de los progenitores es quien se traslada al lugar del domicilio de aquél. Carga económica que no tiene que ser soportada exclusivamente en este caso por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos. Contribución de la madre por cada viaje de ida y vuelta y gastos de estancia con un límite de 150 euros con la actualización anula conforme al IPC, por un criterio elemental de proporcionalidad.

<sup>205</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2019). *El derecho de visita, comunicación y estancia de menores de edad*, Madrid: La Ley, p. 22.

<sup>206</sup> JUR 2001,23839.

<sup>207</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2021). “Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio”, *op. cit.*, p. 206

<sup>208</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). “Comentario al artículo 94 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 239.

<sup>209</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 2025 (Roj: STS 611/2025; ECLI:ES:TS:2025:611) se establece un régimen de visitas progresivo del padre en un punto de encuentro familiar de domicilio de la niña nacida en 2027. Argumenta el Alto Tribunal que: “(...) La Audiencia parte, y acepta de una forma acrítica, del criterio establecido en el auto de medidas civiles dictado en 2017 en el marco de un procedimiento por violencia de género que finalizó con condena para el padre, en el que las partes pactaron ese régimen de visitas, pero sin tener en cuenta que en aquel momento las circunstancias eran muy distintas a las actuales ya que ambos progenitores residían en la misma localidad. De esta forma, la Audiencia extrapola sin mayores consideraciones un sistema común u ordinario de visitas, olvidando las circunstancias concretas concurrentes y sin tener en cuenta la situación presente que ha cambiado radicalmente en cuanto que los domicilios de ambos progenitores, se encuentra a una distancia de más de 1100 kilómetros, existe una clara falta de entendimiento entre los progenitores. Tampoco valora la ausencia de relaciones entre padre e hija desde que nació, ni la falta total de conocimiento por la niña de su padre”. Lo que hace la Audiencia es simplemente “mantener el régimen que se fijó en su día con apoyo en una presuposición, no comprobada, negada por la madre y no invocada ni sostenida por el padre, acerca que ya se está ejecutando sin problemas el régimen de visitas desde el dictado de la sentencia de instancia, algo que por otra parte, como bien señala la fiscal, es impracticable en sus propios términos dada la distancia existente”. De ahí que, “el recurso de casación, en definitiva, sea estimado porque la sentencia recurrida de forma manifiesta ha prescindido de las circunstancias del caso para valorar el interés de la niña a la hora de fijar el régimen de visitas con el padre” y, concluya la citada resolución “que la sentencia recurrida no ha tomado en absoluto en consideración las circunstancias específicas concurrentes y por ello

no establece un régimen de visitas realista y de posible ejecución y acorde con el interés de la menor; que como señala la jurisprudencia es dinámico. En consecuencia, casamos la sentencia en el único extremo referido al régimen de visitas que mantuvo. Al asumir la instancia, debemos partir de que el interés de la niña y su estabilidad emocional requiere que se impulse la creación de un vínculo afectivo hoy por hoy inexistente entre el padre y la hija, tal como advierte la fiscal. Procede por tanto establecer un régimen progresivo de contactos supervisado por el punto de encuentro familiar que, en su caso, podrá desembocar en un régimen más amplio, en sintonía con el criterio mantenido por la jurisprudencia en situaciones similares en las sentencias 251/2018, de 25 de abril, y 394/2017, de 22 de junio. Por ello, de acuerdo con lo solicitado por la recurrente y con el informe del Ministerio fiscal, fijamos un régimen de visitas del padre con la niña, supervisado y limitado inicialmente a sábados y domingos alternos con una duración de 3 horas cada día a realizar en el PEF más cercano al domicilio de la niña, con un progresivo incremento de tiempos y flexibilidad en la supervisión a la luz de la evolución de los contactos padre e hija y que será decidida por el juzgado en ejecución de sentencia a la vista de los informes de evolución del equipo psicosocial”.

<sup>210</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2025 (Roj: STS 573/2025; ECLI:ES:TS:573:2025) indica al respecto que, en el presente caso, es necesario partir de un hecho relevante, la absolución del padre de la menor de los delitos de violencia de género por los que había sido acusado, que elimina este elemento valorativo de las circunstancias concurrentes. La sentencia de lo penal deja sin efecto las medidas cautelares adoptadas en el proceso criminal. Otro elemento valorativo de importante ponderación circunstancial es la evolución favorable de las relaciones padre e hija, tal y como como resulta de los informes del PEF. En efecto, en la evaluación, de fecha 1 de noviembre del año 2022, consta, en el apartado correspondiente a la actitud y grado de colaboración de las personas que ejercen el derecho de visitas, que el recurrente se muestra cariñoso y cercano hacia la niña, observándose constantes muestras de cariño mediante expresiones tanto verbales como no verbales. La actitud de la niña es relajada y disfruta con naturalidad y espontaneidad de los encuentros con su progenitor. Durante las despedidas se observa al padre emocionado con constantes caricias, besos y arrumacos hacia la niña. En muchas ocasiones, D. Esteban acude a las entregas y recogidas acompañado por su madre —abuela paterna de la niña—, quien se muestra también cercana y cariñosa con la menor. Ésta reconoce las figuras presentes y responde con reciprocidad a las muestras de afecto, verbalizaciones y estímulos que le presentan. Se siente cómoda en la interacción con tan próximos familiares. En el apartado valoración, propuestas y recomendaciones, consta que el equipo del PEF estima beneficiosos los encuentros entre la menor con padre y abuela, así como valora “positivo poder seguir avanzando y ampliar el régimen de visitas, teniendo en cuenta el beneficio que se estima, tanto para la menor como para la relación paternofilial”. En el mismo sentido, se expresa la evaluación de dicho centro de fecha 15 de mayo del 2023. En el informe elaborado al respecto consta, en el apartado actitud de la niña, que es favorable y se muestra alegre en sus encuentros.

El progenitor responde a las atenciones de la niña de manera afable y cariñosa. Durante el tiempo de espera, padre e hija se entretienen jugando e interaccionando. Si la menor presenta necesidades físicas o emocionales busca a su padre de quien obtiene respuesta inmediata. Se constata la evolución positiva y se reitera la recomendación de ampliar el régimen de visitas hasta alcanzar su normalización. En definitiva, de dichos informes resultan las buenas relaciones existentes entre padre e hija, las habilidades parentales del recurrente para atender a las necesidades tanto físicas como emocionales de la menor; la interacción positiva entre ellos, así como con la abuela paterna. Todo ello unido, además, al interés sincero del padre de mantener los contactos con la menor mediante sus desplazamientos para comunicarse con su hija. No existen indicios de ninguna clase relativos a que los contactos padre e hija puedan de alguna forma incidir negativamente en el ulterior desarrollo de la personalidad de la niña; lejos de ello, se reputa positivo para el interés de la menor contar con una figura paterna de referencia con la que le unan vínculos de afectividad de los que deriven deberes

de cuidado, atención y satisfacción de las necesidades de la niña por parte de su progenitor, cotitular de la patria potestad sobre la menor (artículo 154 del CC). Se pondera también que la niña, nacida en 2020, cuenta ya con cuatro años. Otro dato, igualmente favorable, es la disposición de una vivienda en localidad próxima al domicilio de la niña para poder comunicarse con su padre los fines de semana. En virtud de lo argumentado, consideramos procede ampliar el régimen de visitas entre el padre e hija de la manera postulada por el recurrente, apoyada por el Ministerio Fiscal, de fines de semana alternos, desde el viernes a las 19 horas hasta el domingo a las 19 horas, con entrega en el punto de encuentro y con pernocta con el padre. Consideramos también prudente la medida interesada por el Ministerio Público de reevaluar la situación cara a la ampliación del régimen de visitas y su fijación en periodos de vacaciones, lo que se acordará, en su caso, en ejecución de sentencia, previa audiencia de las partes, transcurrido un periodo de cuatro meses desde la fecha de esta sentencia y con los informes que el juez considere oportuno recabar a tales efectos.

<sup>211</sup> RJ 2005,7734.

<sup>212</sup> Roj: STS 4900/2015; ECLI:ES:TS:2015:4900.

<sup>213</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>214</sup> CARO HERRERO, G. (2021). “Revisión de criterios materiales aplicables a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en el divorcio con violencia de género”, *Revista de Derecho de Familia, número 93, octubre-diciembre*, p. 19 precisa al respecto que este factor riesgo “puede inferirse para cada caso concreto con relativa precisión a la luz del conjunto de pruebas practicadas, y en especial, de los informes psicosociales, capaces de ilustrar de forma decisiva y determinante al tribunal sobre las restricciones y progresividad en el régimen de visitas cuando se proceda a su limitación”.

<sup>215</sup> RJ 2011,2311.

<sup>216</sup> RJ 2022,3742.

<sup>217</sup> JUR 2024,20654 y JUR 2024,237985.

<sup>218</sup> RJ 2017,5439.

<sup>219</sup> RJ 2012,8190.

<sup>220</sup> Roj. STS 252/2025; ECLI:ES:TS:2025:252.

<sup>221</sup> JUR 2025,9113. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial, dictada el 22 de enero de 2022, al resolver el recurso de apelación, precisa que sólo es posible la supresión del régimen de visitas, la restricción o la suspensión, y en una correcta interpretación de lo dispuesto en el art. 94 del Código Civil, cuando por circunstancias, incluso no dependientes del progenitor no custodio, en el orden personal, familiar, psicológico, material, etc., no sea posible propiciar dicha comunicación personal entre los hijos y dicho progenitor no custodio, en cuanto que dicha relación personal pudiera perjudicar o incidir negativamente en el desarrollo integral de los menores. Y aunque admite que es posible que el padre se haya alejado del menor, considera que ello no justifica la supresión del régimen de vistas, de modo que lo que ha de intentarse es recuperar la relación paterno-filial, antes de poner fin a la misma. Añade la sentencia de apelación que debe haber una colaboración de ambos progenitores que permita reflexionar a los mismos y adoptar un cambio en su comportamiento, de manera especial, el que no cumple lo estipulado, o en su caso, obstaculiza la relación, ya que si ambos progenitores colaborarán la relación paterno filial sería mucho más fructífera y ello redundaría, sin duda alguna, en el bienestar del menor.

La indiferencia manifestada por el padre durante todo el proceso, durante el cual nunca ha intentado ponerse en contacto con su hijo, y que solo ha litigado para pedir una reducción de la pensión de alimentos, sin ni siquiera personarse en este recurso de casación para hacer alegaciones, pone de manifiesto el escaso interés en mantener la relación con su hijo, y coincide con lo manifestado tanto por la madre como por el menor, que ha señalado que apenas le ve, no conoce su casa y nunca cumple lo que promete.

El artículo 94 del Código Civil, tras reconocer los derechos de visitas y a comunicarse con los hijos menores, establece que la autoridad judicial podrá limitar o suspender tales derechos si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave

o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Coincidimos con los argumentos de la madre y de la fiscal cuando observan que, mantener a toda costa y a pesar de reiterado desinterés y alejamiento del padre el régimen de visitas, aunque sea de un fin de semana al mes, en aras de restaurar una relación paterno-filial inexistente, no parece una decisión basada en sólidas razones, sino que es una decisión escasamente motivada y que resulta alejada del interés superior de Lucio, que en mayo hará dieciséis años, y manifestó su deseo de no ver a su padre, matizado por la indiferencia o falta de interés del padre. Imponer una régimen de visitas con su padre de un fin de semana al mes con pernocta a un menor con una evidente madurez por su edad, no sólo no fortalecería las relaciones, sino que podría incidir negativamente en el menor, ya que el padre apenas lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias. Por ello, y sin olvidar la importancia de mantener los vínculos afectivos paterno-filiales cuando existan, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, estimamos el recurso de casación y acordamos que no procede establecer un régimen concreto de visitas, sino que Lucio podrá relacionarse con su padre libremente cuando lo desee.

<sup>222</sup> JUR 2024,310125.

<sup>223</sup> JUR 2024,140089.

<sup>224</sup> JUR 2024,463375.

<sup>225</sup> En esta línea, se ha pronunciado CALZADILLA MEDINA, M.ª A. (2021). “La constitución de un régimen de visitas y de comunicaciones en casos de violencia: la reforma del artículo 94 del Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio”. En: Calzadilla Medina, María Aránzazu (dir.), Hernández López, Claudia (coord.). *Estudios Jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters, p. 223 cuando indica que “cierto es que no se está ante un procedimiento penal, pero si a “estar incurso en un procedimiento penal” o que un juez de familia detecte “indicios” de la posible comisión de los delitos reseñados, se le atribuye de manera inmediata, la privación de la relación con los hijos e hijas, podría llegarse a esta conclusión, pues, no se está ante la adopción de medidas cautelares constituidas en un procedimiento penal, sino que se está, no se olvide, en el marco de un procedimiento civil”. por lo que añade que “la cuestión es ciertamente discutible y no debería sorprender que se interponga una cuestión de inconstitucionalidad”.

Asimismo, ORTEGA CALDERÓN, J.L. (2021) “La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 del Código Civil tras la reforma por la Ley 8/21, de 2 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 9892, sección Tribuna, 15 de julio, pp. 12 y 16 que como precisa acertadamente “si la decisión que debe adoptar el juez civil por imperativo del nuevo artículo 94 del Código Civil, tiene su fundamento en la existencia de un proceso penal o bien en indicios revelados en el propio proceso civil de violencia intrafamiliar, tal vez la decisión adecuada sería asumir la decisión adoptada por el juez penal en el seno de su proceso, para lo que goza de instrumentos de tutela cautelar suficientes (artículo 544 bis, 544 ter y 544 quinquies de la LECrim, entre otros) o bien, si el proceso penal aún no se hubiese indicado, trasladar la *noticia criminis* al orden penal con la suspensión del proceso civil a la espera del pronunciamiento adoptado en dicho orden”.

<sup>226</sup> Roj. AJPI 22/2022; ECLI:ES:JPI:2022:22A.

<sup>227</sup> ECLI:ES:TC:2023:186A.

<sup>228</sup> Para MARÍN LÓPEZ, M.J. (2021). “Comentario al artículo 94 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 240 resulta dudoso “si fuera de este caso el Juez puede privarle de ese derecho cuando, a su juicio, el interés de los hijos así lo requiera, o si en esa hipótesis bastaría simplemente para suspenderlo”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2016 (RJ 2016,3675) permite las visitas de los hijos al padre en el centro penitenciario acompañado de terceras personas; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 21 de junio de 2021 (LA LEY 148463,2021) fija como doctrina que, la situación de prisión del progenitor no puede implicar la suspensión del ejercicio de la patria potestad,

añadiendo a la condena penal unas consecuencias lesivas para el condenado ajenas al contenido de la pena. No puede añadirse como un implícito a toda pena privativa de libertad, por cualquier delito, la consecuencia de una suspensión de la patria potestad. Si el artículo 160 del Código Civil viene posibilitando esa continuación de las visitas con los hijos menores (con las debidas cautelas), parece lógico que esa estancia en prisión no implique, per se, suspensión de otros derechos no afectados por la pena. Además, añade al respecto que, tampoco existen actuaciones penales frente al padre por violencia contra la madre ni contra el hijo, por lo que la solicitud de suspensión debería fundamentarse en desacuerdos reiterados y constantes o en la concurrencia de cualquier otra causa que entorpezca o favorezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2000 (JUR 2001,254142) derecho del padre a comunicarse en prisión con sus hijos en tanto no pueda disfrutar de permisos ordinarios de salida.

<sup>229</sup> Precisamente, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de septiembre de 2024 (JUR 2024,369216) el régimen de visitas dependerá de las concretas circunstancias concurrentes que deberán ser cuidadosamente ponderadas. En el caso de autos, ha existido un proceso de violencia de género contra el padre como consecuencia de los malos tratos y amenazas proferidas a la madre que, provocaron la correspondiente sentencia penal. Si bien, cuando se produjeron los hechos la niña no llegaba a los cuatro meses de edad, con lo que no tuvo constancia de ellos, ni, por tanto, dichos episodios violentos le pudieron causar repercusiones psicológicas en su desarrollo personal. Esos episodios de violencia de género no han vuelto a producirse y parecen superados. Trascurrido el primer trimestre de comunicación en el PEF, antes de pasar a la fase de salidas del centro con el padre, se recabará en informe psicosocial para evaluar la situación existente y configurar la ampliación, en su caso, del régimen de visitas, sometido a control judicial, hasta que pueda normalizarse la situación a través de un régimen convencional de visitas.

<sup>230</sup> JUR 2022,311534.

<sup>231</sup> Vid., el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero señala al respecto que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado.

Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2020 (LA LEY 88185,2020) indica que “el interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como una verdadero concepto jurídico indeterminado que, la doctrina ha venido, relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencia personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural, bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”. Asimismo, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 1 y de 14 de abril de 2011 (RJ 2011,3139; RJ 2011,3590); las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 20 de enero de 1998 (AC 1998,3185); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 8 de febrero de 2002 (LA LEY 31329,2002).

<sup>232</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 13928,1994); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453,2011) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 90854,2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726,2012); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 69264,2012) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714,2013); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 10444,2014);

de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090,2014); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745,2014); de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016,5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; de 20 de abril de 2022 (RJ 2022,2095); y, de 22 de julio de 2024 (JUR 2024,242860) no se puede conceder el uso de la vivienda familiar a uno de los padres y la custodia de los hijos al otro, aunque éste solicitase tal custodia y no el uso de la vivienda; y, las sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 (AC 1995,758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 (AC 1997,2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.<sup>a</sup>, de 27 de febrero de 1998 (AC 1998,326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, de 29 de junio de 1998 (JUR 1998,89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070,1999); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2006 (JUR 2007,10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 27477,2007); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 279953,2008); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 38828,2010); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 125895,2011); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 224628,2012); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, de 19 julio 2012 (LA LEY 120942,2012); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 224164,2012); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 214050,2013); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 104742,2014).

<sup>233</sup> Vid., la Resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009,634).

<sup>234</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.<sup>a</sup>T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil)*, Navarra: Thomson Civitas, pp. 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, p. 518 que, la finalidad tuitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que “el padre tiene que, prever y proveer” con especial cuidado de todo lo concerniente a “la persona y los intereses más personalísimos del hijo” y a su “vida social”.

De todas formas, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009,524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto éste no se extinga por voluntad de aquéllos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, secc. 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2014 (JUR 2014,295394).

<sup>235</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162416,2012).

<sup>236</sup> Roj. STS 32/2025; ECLI:ES:TS:2025:32.

<sup>237</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107,2011); y de 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162426,2012).

<sup>238</sup> RJ 2011,3590.

<sup>239</sup> LA LEY 68745,2014. Asimismo, señala que “el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (artículo 14 y 39 de la Constitución Española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil”. En esta línea, las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007,3561); de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009,524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; de 14 de abril y de 21 de junio de 2011 (LA LEY 14453,2011; LA LEY 90854,2011); de 30 de sep-



tiembre de 2011 (LA LEY 186204,2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726,2012); de 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422,2012); de 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899,2012); de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714,2013); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090,2014); de 29 de mayo de 2014 (LA LEY 95232,2014); de 2 de junio de 2014 (LA LEY 64164,2014); de 16 de junio de 2014 (RJ 2014,3073); de 28 de noviembre de 2014 (RJ 2014,6048); de 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016,5967); y, de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017,1079); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 224413,2012); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, de 25 de julio de 2012 (JUR 2012,357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de mayo de 2014 (JUR 2014,151805); y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015,355).

<sup>240</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 194732,2011); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 87809,2013) uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 16 septiembre 2016 (RJ 2016,4449) durante un año computable desde la fecha de la presente sentencia; y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 5 de julio de 2008 dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 223438,2010) límite temporal máximo de cuatro años; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 130663,2011) a dos años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 20 de noviembre de 2020 (JUR 2021,28571) a un año.

<sup>241</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006,549); asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.<sup>a</sup>, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010,1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013,159485) hasta que el hijo alcance los 21 años.

<sup>242</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2021 (Roj. STS 4617/2021; ECLI:ES:TS:2021:4671) procede atribuir la vivienda al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de éstos; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 55229,2011).

<sup>243</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585,2013); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 117631,2007); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 175093,2012); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 52437,2013).

<sup>244</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de noviembre de 2013 (RJ 2013,7447); y, de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015,1919).

<sup>245</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2013 (RJ 2013,4375); de 16 de enero de 2015 (JUR 2015,47658) que señala, al respecto, que: “La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre”; de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015,1919); y, de 17 de julio de 2023 (RJ 2023,4456) cuando se atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores de edad no permite establecer un límite temporal, dado que es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser militada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil: carácter familiar de la vivienda litigiosa; la posibilidad que los hijos no la precisaran,



al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios, ni se ha llegado a plantear.

<sup>246</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). “La vivienda familiar”, *Tratado de Derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, p. 524. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 12 de febrero de 2002 (LA LEY 33343,2002) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquél; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 25 de octubre d 2005 (LA LEY 208063,2005); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 14 de enero de 2010 (LA LEY 3028,2010) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

<sup>247</sup> RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, p. 115; CUENA CASAS, M. (2011). “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, *op. cit.*, p. 386.

<sup>248</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 277807,2010).

<sup>249</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 21 de mayo de 2003 (LA LEY 91309,2003).

<sup>250</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.ªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil): toria y práctica jurisprudencial*, Cizur Menor (Navarra): Civitas, p. 293.

<sup>251</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.ªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil)*, *op. cit.*, p. 287; CUENA CASAS, M. (2011). “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, *op. cit.*, p. 398. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 octubre de 1994 (RJ 1994,7722); y, de 14 noviembre de 2012 (RJ 2012,10432); el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2015 (JUR 2015,74784); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 d marzo de 2015 (RJ 2015,1165); de 29 de mayo de 2015 (RJ 2015,2273); de 23 de junio de 2015 (JUR 2015,2546); y, de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017,608) por representar el interés más necesitado de protección y por ser el titular del contrato de alquiler de la vivienda de protección oficial; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, de 25 de abril de 2013 (JUR 2013,200427), y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 15 de diciembre d 2015 (JUR 2016,180782).

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2015,19455) se procede a un atribución conjunta de la vivienda familiar mediante un uso alternativo por períodos sucesivos de un año en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación, división o a la venta.

<sup>252</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022,2220) atribución de uso de la vivienda por el plazo de dos años desde la presente sentencia a la esposa, período con el que se contribuye al nuevo escenario económico en el que deberá buscar nueva residencia, evitando un grave perjuicio al interés de los menores; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 8 de julio de 1999 (AC 1999,1782) la vivienda familiar es el lugar de trabajo de la esposa.

<sup>253</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.ª DEL C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 87-93; MARTÍN MELÉNDEZ, M.ªT. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículos 96.1, 2 y 3 del Código Civil)*, *op. cit.*, pp. 295-296; CUENA CASAS, M. (2011). “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, *op. cit.*, pp. 399-400; PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). “La vivienda familiar”, *op. cit.*, pp. 535-536. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 4 de mayo de 2004 (JUR 2004,294911); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 11 de septiembre de 2013 (LA LEY 171870,2013); y, de la Audiencia Provincial de Madrid,

secc. 22.ª, de 15 de julio de 2014 (LA LEY 129334,2014) se atribuye a la esposa durante dos años, si transcurridos los mismos no se ha procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, tal derecho de uso se declara con carácter alterno a favor de ambos cónyuges.

<sup>254</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2024 (JUR 2024,178823) atribución temporal de la vivienda de un año a contar desde la fecha de la sentencia de casación; y de 28 de noviembre de 2024 (JUR 2024,469599) atribución del uso a la esposa hasta la venta o liquidación como bien ganancial.

<sup>255</sup> RJ 2023,2467.

<sup>256</sup> RJ 2022,910.

<sup>257</sup> JUR 2024,223924.

<sup>258</sup> JUR 2024,15892.

<sup>259</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2019 (Roj. STS 2832/2019; ECLI:ES:TS:2019:2832); y de 26 de octubre de 2020 (Roj. STS 3562/2020; ECLI:ES:TS:2020:3562).

<sup>260</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio 2012 (LA LEY 134899,2012) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

<sup>261</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483); de 6 de julio de 2020 (RJ 2020,2220); de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022,259) dificultades de asignación del modelo “casa nido”. Asignación a la madre por el tiempo de dos años por su precaria situación económica, por la naturaleza ganancial de la vivienda y por venir conviviendo en ella madre e hija; de 20 de abril de 2022 (RJ 2022,2272) atribución rotatoria del uso de la vivienda familiar; y, de 11 de noviembre de 2024 (JUR 2024,432187) se atribuye a la madre el uso de la vivienda, pues sus ingresos son inferiores a los del padre; por lo que, constituye el interés más necesitado de protección, la vivienda es ganancial y se concede el uso de la vivienda por un plazo de un año a contar desde la sentencia de casación; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 31 de enero de 2014 (JUR 2014,119200) atribución a los menores; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, de 8 de julio de 2014 (LA LEY 108568,2014); alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 141867,2014) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 16 de septiembre de 2014 (JUR 2014,276233) atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2014 (JUR 2014,298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y periodos vacacionales; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016,248972).

En contra, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2020 (Roj. STS 61/2020; ECLI:ES:TS:2020:61) no es un sistema que, vele por el interés de los menores ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

<sup>262</sup> JUR 2024,392542. Atribución del uso al padre en el litigio de autos. No existe acuerdo entre los progenitores sobre su alternancia, la vivienda es privativa de aquél, sus ingresos son limitados y los superiores de la madre le permiten acceder a un alquiler; de modo que, está en situación de proporcionar al hijo común una vivienda durante el tiempo que le corresponda la custodia.

<sup>263</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de junio de 2017 (Roj. STS 2347/2017; ECLI:ES:TS:2017:2347).

<sup>264</sup> Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2016 (JUR 2016,42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.ª, de 26 de febrero de 2014 con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado de protección; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de marzo

de 2014 (JUR 2014,135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, de 27 de mayo de 2014 (JUR 2014,178933); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de julio de 2014 (JUR 2015,52617) atribución a la esposa; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 17 de junio de 2014 (JUR 2014,246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, de 27 de octubre de 2014 (JUR 201549497).

<sup>265</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 14 de julio de 2014 (JUR 2014,234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, de 23 de julio de 2014 (JUR 2014,233941) uso alternativo por periodos temporales.

<sup>266</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 y de 27 de septiembre de 2017 (Roj. STS 3323/2017; ECLI:ES:TS:2017:3323; y Roj. STS 3369/2017; ECLI:ES:TS:2017:3369); y, de 24 de mayo de 2021 (RJ 2021,2510) vivienda privativa de la esposa cedida temporalmente al esposo durante la crisis matrimonial. No cabe su atribución al esposo como vivienda familiar; aunque resida allí con sus hijos en los períodos de custodia compartida: tal cesión en precario no supone un acto propio. Su desalojo deberá efectuarse en procedimiento de desahucio dado que esta Sala en sede de proceso matrimonial no puede atribuir ni desalojar vivienda que no sea familiar.

<sup>267</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M.ª DEL C. (2012). *La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, op. cit., 2012, p. 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso", *La Ley*, n.º 7105, año XXX, 2 de febrero, p. 7. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013,7834); de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014); de 24 de octubre de 2014 (RJ 2014,5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; de 6 de abril de 2016 (RJ 2016,1321); de 27 de junio de 2016 (RJ 2016,2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la sentencia; de 21 de julio de 2016 (RJ 2016,3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el período de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele dispone de ella, incluso en los períodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016,4449); de 23 de enero de 2017 (RJ 2017,363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; de 14 de marzo de 2017 (RJ 2017,878); de 10 de enero y de 20 de febrero de 2018 (RJ 2018,74; RJ 2018,573); de 9 de mayo de 2018 (RJ 2018,1852); de 12 de junio de 2020 (RJ 2020,1574) un año desde la fecha de esta sentencia; de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020,4165) limitación a dos años; y, de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021,4459) a dos años; y, de 25 de noviembre de 2022 (RJ 2022,5139). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2012 (LA LEY 136661,2012); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2016 (JUR 2016,221681).

<sup>268</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489,2014) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; y, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017,483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su permanencia como vivienda social, no procede a entrar

en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencias las incidencias que procedan.

<sup>269</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2024 (JUR 2024,432187) atribución del uso de la vivienda familiar a la madre (vivienda ganancial), pues sus ingresos son inferiores a los del padre, por lo que, constituye el interés más necesitado de protección. Concesión del uso de la vivienda familiar por el plazo de un año a contar desde la fecha de la sentencia de casación; se considera un plazo prudencial para que lleve a efecto las oportunas gestiones para cubrir sus necesidades de habitación y teniendo en cuenta, además que, la madre, desde el año 2019, viene disfrutando de su uso exclusivo; y, de 18 de diciembre de 2024 (JUR 2024,486032) atribución de sus uso a la esposa en atención a sus mayores dificultades para acceder a una vivienda en razón de sus menores ingresos. Limitación del uso a un año; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.<sup>a</sup>, de 10 junio 2013 (JUR 2013,317947) a la esposa.

<sup>270</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 (Roj. STS 973/2017; ECLI:ES:TS:2017:973); de 7 de junio de 2018 (RJ 2018,2857); de 22 de junio de 2021 (RJ 2021,2988); y, de 3 de enero de 2022 (RJ 2022,49).

<sup>271</sup> Así los artículos 230-20.4, 233-20.2 y 233-20.3 a) del Código Civil catalán; el artículo 81.1 del CDFA; y, el artículo 9 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

<sup>272</sup> LA LEY 601,2017.

<sup>273</sup> Roj: STS 3312/2024; ECLI:ES:TS:2024:3312.

<sup>274</sup> JUR 2024,163203.

