



Roj: **STS 5273/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5273**

Id Cendoj: **28079110012023101664**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2023**

Nº de Recurso: **1589/2022**

Nº de Resolución: **1645/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 1506/2021,**
STS 5273/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.645/2023

Fecha de sentencia: 27/11/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1589/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE CIUDAD REAL, SECCIÓN 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1589/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1645/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 27 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Sandra , representada por la procuradora D.^a Ana Ossorio González, bajo la dirección letrada de D. Alfredo Cuerva Sánchez, contra la sentencia n.º 419/2021, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en el recurso de apelación n.º 190/2021, dimanante de las actuaciones de juicio verbal n.º 196/2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Ciudad Real, sobre modificación de medidas acordadas en sentencia dictada en proceso de guarda, **custodia** y alimentos. Ha sido parte recurrida D. Teodosio , representado por el procurador D. Juan Villalón Caballero, y bajo la dirección letrada de D.^a M.^a Ángeles Pinaglia Alcaide.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Villalón Caballero, en nombre y representación de D. Teodosio , interpuso demanda de modificación de medidas definitivas de relaciones paterno filiales contra D.^a Sandra , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que con estimación total de la misma, se acuerde como medidas que deben regir en lo sucesivo las que figuran en la presente demanda, con imposición a la parte demandada de las costas procesales".

Las medidas solicitadas eran las siguientes:

"I. Guarda y **custodia** del hijo menor. Se solicita que se establezca un régimen de **custodia** compartida, siendo la patria potestad también compartida por ambos progenitores. El régimen de guarda y **custodia** compartida se distribuirá del siguiente modo:

"El menor disfrutará durante el curso escolar de una semana con cada progenitor, comenzando con la madre el domingo a las 20:00 horas en que lo recogerá en el domicilio paterno, y terminando el domingo siguiente a las 20:00 horas en que lo recogerá el padre del domicilio materno, día y hora en que comenzará la semana con el padre hasta el siguiente domingo a las 20:00 horas, y así sucesivamente.

"Durante las vacaciones escolares se suspenderá el régimen anteriormente expuesto y el menor disfrutará la mitad de las mismas con cada progenitor, acordando de mutuo acuerdo dicho régimen. Para el caso de desacuerdo, se aplicará el siguiente régimen:

"Navidad: Las vacaciones de Navidad comprenderán el mismo período que las vacaciones escolares, correspondiendo el primer periodo desde la salida del colegio hasta el día 30 de diciembre a las 20,00 horas en que lo recogerá el progenitor que vaya a disfrutar del siguiente periodo en el domicilio del otro progenitor; y el segundo periodo desde el día 30 a las 20:00 horas hasta el día anterior al comienzo escolar a las 20:00 horas, en que lo recogerá del domicilio paterno o materno, el otro progenitor. Caso de discrepancia, escogerá el periodo la madre los años impares, y el padre los pares.

"El día de Reyes, el progenitor en cuya compañía no se encuentre el menor, estará con él, desde las 16,30 horas hasta las 20,30 horas del indicado día, en que tendrá que recogerlo y reintegrarlo al domicilio del progenitor con el que no se encuentre el mismo.

"Semana Santa: En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, las mismas comprenderán el mismo período que las vacaciones escolares, comenzando el primer periodo el viernes de vacaciones a la salida del colegio, hasta las 20:00 horas del día que se cumplan la mitad de las vacaciones, en que el progenitor que vaya a disfrutar del siguiente periodo deberá recogerlo en el domicilio del otro progenitor con el que se encuentre y el segundo periodo desde esta entrega a las 20:00 horas del día antes de reanudar la actividad escolar, en que tendrá que recogerlo el progenitor que no se encuentre con el mismo.

"En caso de discrepancia escogerá el periodo la madre los años impares, y el padre los pares.

"Vacaciones de verano: comprenderán desde que comiencen las vacaciones escolares hasta el día anterior al comienzo del nuevo curso escolar, y se distribuirán alternando los periodos de estancia con la madre o el padre, que a falta de acuerdo entre ambos, será de la siguiente manera:

"- Desde el día que se dan las vacaciones desde la salida del colegio hasta el 1 de julio a las 12:00 horas, en que el progenitor que vaya a disfrutar del siguiente periodo deberá recogerlo en el domicilio del otro progenitor.

- "- Desde el día 1 de julio hasta el 16 de julio a las 20:00 horas, en que el progenitor que vaya a disfrutar del siguiente periodo deberá recogerlo en el domicilio del otro progenitor.
- "- Desde el 16 de julio hasta el 31 de julio a las 20:00 horas, en que el progenitor que vaya a disfrutar del siguiente periodo deberá recogerlo en el domicilio del otro progenitor.
- "- Desde el 31 de julio hasta el 15 de agosto a las 20:00 horas, en que el progenitor que vaya a disfrutar del siguiente periodo deberá recogerlo en el domicilio del otro progenitor.
- "- Desde el 15 de agosto hasta el 31 de agosto a las 20:00 horas, en que el progenitor que vaya a disfrutar del siguiente periodo deberá recogerlo en el domicilio del otro progenitor.
- "- Desde el 31 de agosto hasta el día antes de empezar la actividad escolar a las 20:00 horas, en que el progenitor que no tenga al menor consigo deberá recogerlo.
- "En caso de discrepancia escogerá la madre los años impares, y el padre los pares.
- "Si el menor enfermase, el progenitor con el que se encuentre deberá comunicar al otro los problemas de salud o información médica de que disponga, mediante cualquier medio, a la mayor brevedad posible.
- "Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentre con el hijo, dirección y teléfono, así como a solicitar su autorización para efectuar viajes al extranjero.
- "II. Contribución de ambos progenitores a los gastos del menor. Los padres abonarán los gastos ordinarios necesarios para cubrir la alimentación, higiene y vestido de su hijo con cargo a su peculio en el tiempo que esté en su compañía.
- "Los gastos extraordinarios que tenga el hijo menor, serán abonados por mitad por ambos progenitores. Se consideran como tales los derivados de intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología, rehabilitaciones y recuperaciones, siempre que tales tratamientos no puedan ser dispensados por la Medicina Oficial en los centros públicos, siendo requisito previo la conformidad de ambos progenitores en el concepto y en la identidad de los facultativos, o la resolución judicial, en caso de discrepancia, salvo que la urgencia del caso no permitiese la petición de tal acuerdo. También tendrán la consideración de gastos extraordinarios los derivados de la compra de libros, uniformes y demás material escolar derivado de la enseñanza obligatoria. Igualmente, se considerarán extraordinarios todos los gastos derivados de la enseñanza no obligatoria. La realización de actividades extraescolares debe ser decidida por ambos cónyuges de común acuerdo y será sufragada por mitad. En caso de decisión unilateral de alguno de los progenitores o desacuerdo en la misma, dicha actividad deberá ser abonada por quien decida su realización, salvo interpretación judicial contraria.
- "III. Otras medidas patrimoniales. En la cláusula 5 del Convenio Regulador que se pretende modificar, se establecía que "como quiera que el padre tiene una propiedad privativa en Ciudad Real, CALLE000 nº NUM000 , con el ánimo de compensar a la madre del menor, se pacta los siguientes extremos:
- "a) El padre procederá a donar la citada vivienda a favor del hijo menor de edad, momento a partir del cual, se otorgará el usufructo a favor de la madre, y hasta tanto en cuanto ésta tenga la guarda y **custodia** del menor.
- "b) Consecuencia de lo anterior, madre e hijo disfrutarán de la anterior vivienda, la que se constituirá en domicilio materno y donde ésta residirá con su hijo menor".
- "Como no se ha realizado la donación a favor del hijo común, ni la madre ha ocupado dicha vivienda con el hijo menor desde hace 5 años, y habida cuenta de que es el padre el que ha venido abonando todos los gastos de la misma desde la fecha de separación, se solicita que se modifique la atribución del usufructo y del uso y disfrute a favor de la madre, eliminando igualmente la obligación de donarla al hijo, dejando al padre la plena propiedad de la misma".
- 2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de ciudad Real y se registró con el n.º 196/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.
- 3.- La procuradora D.ª Ana M.ª Ossorio González, en representación de D.ª Sandra , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:
- "[...] se desestime la demanda presentada de contrario en su integridad. Condenando a las costas procesales de este procedimiento al demandante Teodosio".
- 4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Ciudad Real dictó sentencia de fecha 3 de marzo de 2021, con la siguiente parte dispositiva:



"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta a instancia de DON Teodosio , representado por el Procurador Sr. Juan Villalon Caballero, frente a DOÑA Sandra , representada por la Procuradora Sra. Ana Ossorio González y, en consecuencia, se amplía el régimen de visitas del menor con su padre, de tal manera que permanecerá con él desde las 19:30 del lunes a las 19:30 del martes, y desde las 19:30 del miércoles a las 19:30 del jueves, recogiénolo y reintegrándolo el padre en el domicilio materno, mientras que en aquellos fines de semana alternos en los que el menor permanezca en compañía del actor, el mismo deberá reintegrarlo al domicilio materno los domingos a las 19:30 horas, manteniéndose incólume el resto de pronunciamientos de aquella sentencia de 20 de Mayo de 2010, dictada por este mismo Juzgado, en el Procedimiento de Guarda, **custodia** y alimentos núm. 236/2010, y todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en materia de costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Teodosio y D.^a Sandra .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que lo tramitó con el número de rollo 190/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 2 de diciembre de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Teodosio y el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^{ña}. Sandra , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Ciudad Real, en Autos de modificación de medidas 196/18, de fecha 3 de marzo de 2021 y, en consecuencia:

"A) se establece un régimen de **custodia** compartida semanal, comenzando la primera semana la estancia con la progenitora, y produciéndose la sucesiva alternancia con el progenitor paterno; produciéndose la alternancia desde las 19,30 horas del domingo hasta las 19,30 horas del domingo siguiente.

"B) Queda fijada la pensión alimenticia a favor del menor en 150 euros mensuales.

"C) No ha lugar a pronunciarse sobre el usufructo de la vivienda pactado en convenio regulador toda vez estaba sometido a condición de mantenimiento de la **custodia monoparental** materna. Se deja sin efecto la atribución del uso y disfrute del domicilio semanal. Y sin realizar especial declaración sobre las costas de esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Ana María Ossorio González, en representación de D.^a Sandra , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"ÚNICO.- Se interpone recurso de casación por razón del interés casacional al amparo del artículo 477.3 en relación con los artículos 477.1 y 477.2.3 ° todos ellos de la LEC. Por infracción del artículo 92.7º del Código Civil. ("No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres 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"). Y de la Doctrina Jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo emanada en torno al mismo".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 29 de junio de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Sandra contra la sentencia dictada con fecha de 2 de diciembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 12.^a), en el rollo de apelación n.º 190/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 196/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 5 de Ciudad Real.

"2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.



"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

El Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando que, con suspensión del término conferido, se librara exhorto "[...] (i) al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ciudad Real para que remita testimonio de la sentencia firme dictada en el juicio rápido 220/2019 e informe del estado actual de la ejecutoria, con expresión, en su caso, de la fecha de extinción de la responsabilidad penal y (ii) al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Ciudad Real para que informe del estado procesal de las diligencias previas 481/2020 incoadas con ocasión del atestado NUM001 y, en su caso, del auto de imputación dictado contra el denunciado. I correspondiente dictamen".

Por resolución de 30 de septiembre de 2022 se libraron los exhortos interesados, que fueron debidamente cumplimentados.

El Ministerio Fiscal presentó informe de fecha 25 de julio de 2023.

4.- Por providencia de 10 de octubre de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 21 de noviembre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente recurso de casación, partimos de los siguientes antecedentes relevantes.

1º.- Es objeto del presente recurso, la demanda interpuesta por el demandante D. Teodosio, con fecha 23 de abril de 2018, de modificación de las medidas definitivas adoptadas por la sentencia de 20 de mayo de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Ciudad Real, en el procedimiento de guarda, **custodia** y alimentos n.º 236/2010.

En dicho procedimiento 236/2010 se aprobó íntegramente el convenio regulador de fecha 20 de abril de 2010, suscrito por los litigantes, y, en particular, con carácter principal, la atribución de la guarda y **custodia** del menor, Bartolomé, a la madre y demandada en este proceso, D.^a Sandra.

Mediante la formulación de la demanda, que ahora nos ocupa, el Sr. Teodosio pretende que se sustituya la **custodia** materna por un régimen de guarda y **custodia** compartida, que se desarrollaría mediante la estancia del menor alternativamente, durante una semana, con cada uno de sus progenitores, al considerar que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias tomadas en consideración en su día, porque Bartolomé, que tenía once meses a la fecha de la sentencia cuya revisión se pretende, contaba con ocho años en el momento de interponer la demanda.

2º.- El conocimiento de la demanda revisora correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Ciudad Real. En su contestación, la demandada se opuso a dicha modificación, así como el Ministerio Fiscal, el cual, tras la práctica de la prueba, consideró procedente ampliar el régimen actual de comunicación y visitas del menor con el progenitor no custodio.

3º.- El 6 de junio de 2019, en el seno de las diligencias urgentes 220/2019, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Ciudad Real, por la que se condenó al demandante como responsable, en concepto de autor, de un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia de género del art. 153.1 CP, cometido el 12 de mayo de 2019, a la pena de 35 días de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 14 meses y prohibición de aproximación y comunicación con su ex pareja D.^a Sandra, durante 7 meses.

Los hechos enjuiciados consistieron en que, tras recriminar la madre al padre que se presentara en la comunión del niño, el demandante la escupió, con insultos de puta y gitana, profiriendo además la frase "te vas a enterar te vas a arrepentir de esto", al tiempo que le daba un golpe en el hombro.

En la información remitida a la sala, por dicho Juzgado de lo Penal, resulta que las penas impuestas quedaron cumplidas entre el 9 de diciembre y el 19 de febrero de 2020.

Consta, también, que la denuncia formulada por la Sra. Sandra contra el demandante, el 6 de julio de 2020, por un presunto delito de coacciones, fue sobreseída por auto firme de 15 de marzo de 2021.

4º.- Con fecha 3 de marzo de 2021, el Juzgado dictó sentencia en la que, con fundamento en la edad del menor, que contaba entonces con 11 años, y el resultado del informe psicosocial proclive a aumentar los contactos



entre padre e hijo, estimó parcialmente de la demanda en el sentido de ampliar el régimen de visitas del niño con su progenitor, de tal manera que permanecerá en su compañía, desde las 19:30 del lunes a las 19:30 del martes, y desde las 19:30 del miércoles a las 19:30 del jueves, recogiénolo y reintegrándolo en el domicilio materno, mientras que en aquellos fines de semana alternos en los que el menor permanezca en compañía del actor, el mismo deberá reintegrarlo al domicilio materno los domingos a las 19:30 horas, manteniéndose incólume el resto de pronunciamientos de aquella sentencia de 20 de mayo de 2010, todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en materia de costas procesales.

5º.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por ambas partes litigantes, cuyo conocimiento fue abordado por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real.

El tribunal provincial ponderó las circunstancias concurrentes y, en función de ellas, estimó procedente el régimen de **custodia** compartida, con la fijación de una pensión de alimentos a cargo del padre de 150 euros mensuales.

Consideró, para ello, que la atención requerida por la enfermedad del menor puede llevarse a efecto por el padre, que el régimen de **custodia** fijada por la sentencia de primera instancia se asemeja ya a una **custodia** compartida, pues entre semana el padre estará dos días con el menor y la madre tres. No se evidencia tampoco ninguna clase de violencia, agresividad o conducta destacable del progenitor con el menor. Es cierto que hubo una condena por violencia de género en 2019 sin que, en la contestación a la demanda, se haga mención a dicho particular, que se reseña en el informe psicosocial. Con posterioridad a dicho incidente, continúa su razonamiento la audiencia, no se revela ninguna conducta del demandante así calificable. No obstante, existe constancia de enfrentamiento entre los litigantes por cuestiones relativas al uso de la vivienda privativa del demandante y su promesa de donación al menor, así como con respecto a la tramitación de la doble nacionalidad del niño como discrepancia en el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, el tribunal provincial no consideró que estos incidentes sean perturbadores para el establecimiento de la **custodia** compartida. Al demandante se le describe en el informe psicológico como padre amoroso, que conecta con el menor y desea implicarse más en su cuidado.

6º.- Contra dicha sentencia se interpuso por la demandada recurso de casación.

El Ministerio Fiscal, al evacuar el traslado conferido, tras analizar cuidadosamente la situación concurrente, interesó la desestimación del recurso interpuesto.

Para ello, tuvo en cuenta que el proceso penal por violencia de género se encuentra archivado y, tras citar la jurisprudencia de la sala, estimó que la sentencia 228/2022, de 28 de marzo, se aproximaba más a las circunstancias concurrentes al no estar incurso ya el demandante en proceso penal, y en consideración además de:

(i) El carácter ocasional y el alcance del delito por el que fue condenado el recurrido; (ii) que el mismo no tuvo repercusión en el hijo; (iii) que las penas impuestas ya habían sido cumplidas cuando se dictó la sentencia de segunda instancia; (iv) que la posterior denuncia por coacciones fue sobreseída por auto firme; (v) que el dictamen psicosocial, si bien aconsejaba mantener la **custodia** materna, ponía de manifiesto la excelente relación del menor con ambos progenitores, aconsejando la ampliación del régimen de visitas a alguna pernocta intersemanal, sin que la conflictividad entre los progenitores fuera un obstáculo relevante; (vi) que la propia recurrente interesa subsidiariamente que se mantenga el fallo de la sentencia de primera instancia, de donde se deduce que considera apto al recurrido para llevar a cabo el amplio régimen de visitas fijado en la misma; (vii) a lo anterior habría que añadir que no se tiene noticia de que la **custodia** compartida no se haya desarrollado con total normalidad desde que se adoptó por la audiencia provincial.

SEGUNDO.- *El motivo del recurso de casación interpuesto*

El recurso de casación se interpuso con fundamento en un único motivo por razón del interés casacional, al amparo del artículo 477.3, en relación con los artículos 477.1 y 477.2.3.º todos ellos de la LEC, por infracción del artículo 92.7.º del Código Civil, y de la doctrina expuesta en la sentencia de esta sala 175/2022, de 29 de marzo, y las citadas en ella.

En definitiva, se considera que la circunstancia de que el demandante fuera condenado por un delito de violencia de género, así como la mala relación entre los progenitores, hacen inviable el régimen de **custodia** compartida acordado, por lo que solicita la estimación del recurso con la correlativa desestimación de la demanda, y, en su caso, subsidiariamente, la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado.

La parte recurrida solicitó la desestimación del recurso con reproducción de los argumentos esgrimidos por el tribunal provincial al considerarlos ajustados a derecho.

TERCERO.- *Desestimación del recurso de casación interpuesto*



El recurso no debe ser estimado.

En efecto, esta sala se ha pronunciado con reiteración en el sentido de que el régimen de **custodia** compartida constituye manifestación del interés superior del menor (sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio; 559/2020, de 26 de octubre; 175/2021, de 29 de marzo, y 404/2022, de 18 de mayo, entre otras), en tanto en cuanto: 1) fomenta la integración del niño con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores (sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre, 175/2021, 29 de marzo; 870/2021, de 20 de diciembre; 238/2022, de 28 de marzo, y 404/2022, de 18 de mayo, entre otras).

También, hemos señalado que las diferencias entre los progenitores, que hacen inviable un régimen de **custodia** compartida, exigen que exista prueba de que dichos enfrentamientos afecten de modo relevante a los hijos menores de edad causándoles un perjuicio (sentencias 433/2016, de 27 de junio; 175/2021, de 29 de marzo, y 545/2022, de 7 de julio), precisamente en esta última sentencia se dejó sin efecto el régimen de **custodia** compartida, dados los altos niveles de conflicto post divorcio entre los litigantes, sin que estuviera dicho enfrentamiento contenido, sino vivo y latente, con continuas diferencias y altercados.

En cualquier caso, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál es su mayor beneficio (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2, y STS 404/2022, de 18 de mayo).

En las sentencias 9/2016, de 28 de enero; 166/2016, de 17 de marzo; 433/2016, de 27 de junio, y 175/2021, de 29 de marzo, hemos dicho que "la estabilidad que tiene el menor en situación de **custodia** exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de **custodia** compartida", así como que son factores a ponderar para apreciar la modificación de tal régimen de **custodia** la edad de los menores.

En el sentido expuesto, también dijimos en la sentencia 124/2019, de 26 de febrero, 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 la guarda y **custodia** de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, 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 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 día en el convenio regulador sobre tal medida" (sentencia 162/2016, de 16 de marzo)".

Por consiguiente, 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 (STS 404/2022, de 18 de mayo), pues, entonces, como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril,

"[...] se petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de 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 esta sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre".

Con respecto a los episodios de violencia de género, en la sentencia 228/2022, de 28 de marzo, citada por el Ministerio Fiscal, señalamos que:

"Esencialmente la recurrente entiende que de acuerdo con el art. 92.7 del C. Civil, no puede establecerse 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 el presente caso consta condena del Sr. Lorenzo 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.

"Dado que de acuerdo con el art. 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 la **custodia** compartida, al no estar incurso el Sr. Lorenzo en una condena penal, por lo que cuando la Audiencia Provincial fijó el sistema de **custodia** compartida, no infringió el art. 92.7 del C. Civil.

"A ello debe añadirse que la hoy recurrente se mostró conforme con el amplio régimen de visitas fijado al padre de fines semanas alternos y dos tardes entre semana con pernocta, lo cual evidencia que lo consideraba apto para una convivencia amplia con los hijos".

Lo expuesto no significa que la existencia de manifestaciones de violencia de género impidan la fijación de una **custodia** compartida (SSTS sentencias 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero; 175/2021, de 29 de marzo, o 372/2021, de 31 de mayo, entre otras).

CUARTO.- Ponderación de las circunstancias concurrentes y desestimación del recurso

Pues bien, en este caso, el episodio de violencia de género, que provocó la condena del demandado, se produjo por unos hechos acaecidos el 12 de mayo de 2019, hace cuatro años, y la pena impuesta al padre de 35 días de trabajos en beneficio de la comunidad, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 14 meses, y prohibición de aproximación y comunicación con su ex pareja, D.^a Sandra, durante 7 meses, fueron cumplidas a fecha 19 de febrero de 2020, por lo que, actualmente, el padre no está incurso en un proceso penal por violencia de género (art. 92.7 del CP). Tampoco constan episodios posteriores de tal naturaleza.

Desde que se fijó la **custodia** materna en 2010, cuando el hijo contaba con 10 meses de edad, han transcurrido trece años. Las relaciones del padre con su hijo son buenas, como así resulta del informe psicosocial. El menor, incluso, exterioriza su deseo de ampliar los contactos con su progenitor.

En dicho informe se considera que ambos litigantes son idóneos para ocuparse del hijo común, y se constata la intención real y seria del padre de participar en el cuidado y atención del niño. Tampoco existe riesgo de que el menor con el demandante no reciba el tratamiento preciso para su enfermedad y, de esta manera, descuide la atención requerida por la patología que padece.

Las diferencias entre los padres no trascienden al menor. Vienen constituidas, fundamentalmente, por episodios puntuales relativos a una discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, nacida de la solicitud de la doble nacionalidad del niño (española y rumana), subjetivamente vivenciada por el demandante como riesgo y correlativo temor del traslado del menor al país del que la madre es nacional y pérdida de la relación con el niño; por otra parte, la denuncia por coacciones fue sobreseída.

La sentencia del juzgado fijó un régimen de visitas muy intenso con una distribución prácticamente igual de la **custodia** del niño entre sus padres, con intercambios en el domicilio de la madre. Con respecto a este régimen, así como el de **custodia** compartida fijado por la audiencia, no existe constancia en autos de que su desarrollo sea conflictivo o su cumplimiento anómalo con incidentes negativos para la estabilidad y tranquilidad del menor, de manera que entorpezca el desarrollo de su personalidad. Nada se ha alegado en este sentido.

El hecho de que la condena penal fuera posterior a la contestación de la demanda, por lo que no pudo ser alegada con dicho escrito, nada influye en la decisión del recurso, al haber sido objeto de ponderación judicial.

Las circunstancias del presente caso nada tienen que ver con las contempladas en la sentencia invocada por la recurrente 175/2021, de 29 de marzo, en la que señalamos que:

"[...] no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una **custodia** como la debatida en este proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente".

Por todo ello, el recurso no debe ser estimado en virtud del conjunto argumental antes expuesto.

QUINTO.- Costas y depósito



La desestimación del recurso de casación conlleva la imposición de costas (art. 398 LEC) y la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia 419/2021, de 2 de diciembre, dictada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en el rollo de apelación civil 190/2021.

2.º- Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso interpuesto y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ