



Roj: **STS 1952/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1952**

Id Cendoj: **28079110012022100403**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2022**

Nº de Recurso: **6733/2021**

Nº de Resolución: **404/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 24ª, 21-01-2020 (rec. 63/2019),  
STS 1952/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 404/2022**

Fecha de sentencia: 18/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6733/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/05/2022

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 24.ª

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6733/2021

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. 404/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



En Madrid, a 18 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Cornelio , representado por el procurador D. Luis Ortiz Herraiz, bajo la dirección letrada de D. Álvaro-Román Blasco Cué, contra la sentencia n.º 41, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 63/2019, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 173/2017, del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 10 de Madrid. Ha sido parte recurrida D.ª María Esther , representada por el procurador D. Ramón Blanco Blanco y bajo la dirección letrada de D. José García Berzosa.

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.- La procuradora D.ª Alicia Martín Yáñez, en nombre y representación de D.ª María Esther , interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Cornelio , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare el divorcio de los esposos Doña María Esther y Don Cornelio , con expresa condena en costas al demandado si se opusiere, oficiándose al Registro Civil de Madrid para la anotación de su parte dispositiva en la inscripción del matrimonio, acordando la adopción como definitivas de las medidas adoptadas en la sentencia de separación, con las modificaciones que se solicitan en el cuerpo del presente escrito".

2.- La demanda fue presentada el 24 de febrero de 2017 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 76 de Madrid, dicho órgano judicial declaró su incompetencia territorial para el conocimiento de la misma, ordenando su remisión al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 10 de Madrid, que la registró con el n.º 173/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada y dar traslado al Ministerio Fiscal.

3.- El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido y el procurador D. Luis Ortiz Herraiz, en representación de D. Cornelio , presentó escrito en el que formuló declinatoria por falta de competencia objetiva, al considerar competentes los Juzgados especializados de Familia de Madrid.

Tramitada la declinatoria interpuesta, por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 10 de Madrid dictó auto de 20 de noviembre de 2017 por el que declaraba su competencia para conocer de la referida demanda.

4.- Emplazado el demandado para contestar, presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba:

"[...] dicte en su día sentencia desestimando las pretensiones de contrario y acordando con el carácter de definitivo los siguientes efectos:

1. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO.

2. GUARDA Y **CUSTODIA**: Se acuerde la guarda y **custodia compartida** entre ambos progenitores de la menor Carolina , añadiendo al actual régimen de visitas la pernocta de los domingos de fines de semana alternos que corresponden al padre.

SUBSIDIARIAMENTE, si Su Señoría lo considerase más conveniente en interés de la menor, se establezca un sistema de guarda y **custodia compartida** por semanas alternas, con los intercambios los lunes a la salida del centro escolar.

Se habrá de mantener la patria potestad **compartida** en los términos del Convenio Regulador de fecha 20 de Febrero de 2015 si bien la menor deberá acudir siempre acompañada de su DNI y tarjeta Sanitaria.

3. RÉGIMEN DE VISITAS: Se ha de mantener el régimen de visitas vacacional acordado en Convenio Regulador de fecha 20 de Febrero de 2015 con las siguientes salvedades:

- Cuando corresponda al padre la Semana Santa, la menor será reintegrada directamente al colegio el primer día lectivo.

- Las entregas que no se puedan efectuar en el colegio las efectuará el progenitor que se encuentre con la menor en el domicilio del otro progenitor.

4. GASTOS DE LA MENOR: Ambos progenitores deberán abrir una cuenta corriente mancomunada a nombre de la menor y ellos mismos. Dicha cuenta corriente se utilizará con el único fin de cargar los siguientes gastos:



Escolaridad, comedor, reserva de plaza, uniformes, libros de texto y material escolar, clases extraescolares de inglés y sin que en ningún caso se permita la retirada de efectivo por parte de ninguno de los progenitores.

Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% entre ambos progenitores y para que se abonen de dicha cuenta mancomunada es necesario que ambos progenitores hayan acordado la realización de tal gasto, mediante consentimiento fehaciente por escrito.

Cada progenitor cubrirá las necesidades ordinarias de la hija cuando esté con ellos, de techo, alimentación, vestido, ocio y transporte (incluyendo la ruta escolar).

5. Manteniendo el resto pronunciamientos recogidos en la Sentencia de fecha 19 de Mayo de 2015 que homologó el Convenio Regulador de fecha 20 de Febrero de 2015.

SUBSIDIARIAMENTE y para el improbable caso de que no se acuerde la guarda y **custodia compartida**, se han de desestimar igualmente las pretensiones de contrario acordando:

1.- RÉGIMEN DE VISITAS: Se mantenga el régimen de visitas acordado por Sentencia de fecha 19 de Mayo de 2015 que homologó el Convenio Regulador de fecha 20 de Febrero de 2015 con las siguientes salvedades:

- Cuando corresponda al padre la Semana Santa, la menor será reintegrada directamente al colegio el primer día lectivo.

2. PENSIÓN DE ALIMENTOS: Se ha rebajar la pensión de alimentos para la menor con cargo al padre a 150 euros mensuales, continuando abonando al 50% entre ambos progenitores el coste del centro escolar al que acude la menor.

3. Manteniendo el resto pronunciamientos recogidos en la Sentencia de fecha 19 de Mayo de 2015 que homologó el Convenio Regulador de fecha 20 de Febrero de 2015.

Con expresa imposición de costas a la demandante por su temeridad y mala fe".

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 10 de Madrid dictó sentencia de fecha 5 de julio de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda formulada en nombre y representación de doña María Esther frente a don Cornelio, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de los expresados, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

Carolina permanecerá bajo la patria potestad de ambos progenitores, y con el régimen de guarda y **custodia** acordado para la separación matrimonial, pero añadiendo la pernocta de los domingos de los fines de semana alternos que corresponden al padre. La menor acudirá siempre con su D.N.I. y tarjeta sanitaria. Cuando corresponda al padre la estancia con su hija en Semana Santa, la menor será reintegrada directamente al colegio el primer día lectivo, y las entregas que no se puedan efectuar en el colegio, las hará el progenitor que se encuentre con la menor, en el domicilio del otro.

Respecto a las vacaciones escolares, se seguirá haciendo como se acordó, pero la madre pasará con la hija las primeras quincenas de julio y agosto, correspondiendo las segundas quincenas al padre. Naturalmente, siguen vigentes las medidas acordadas de comunicación con la hija del progenitor que no esté en su compañía, de la comunicación entre los padres del lugar en que se encuentre la menor, y de visitas a la niña si se encontrara enferma. Todo ello según lo pactado el 20.2.2015.

Respecto a los alimentos de la menor, los padres abrirán una cuenta común nutrida a partes iguales por ambos, para atender los gastos escolares de la niña y los extraordinarios acordados por ambas partes. Además, cada progenitor cubrirá las necesidades ordinarias de la hija, de techo, alimentación, vestido, ocio y transporte, cuando esté con ella.

No se hace imposición de las costas de esta primera instancia".

Por el procurador D. Luis Ortiz Herraiz, en la representación que ostenta, se solicitó aclaración de sentencia, y por auto de 3 de diciembre de 2018 se acordó:

"No ha lugar a la aclaración o corrección de la sentencia de 5.7.2018 solicitada".

**SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª María Esther e impugnada por la representación de D. Cornelio .



2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 63/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de enero de 2020, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. María Esther , representada por el Procurador D. RAMON BLANCO BLANCO, y DESESTIMANDO la impugnación formulada por D. Cornelio , representado por el Procurador D. LUIS ORTIZ HERRAIZ, contra la sentencia de fecha 5 de julio de 2.018, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 10 de Madrid, en autos de Divorcio número 173/17, seguidos con; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente la mentada resolución; y en su consecuencia debemos ACORDAR:

- MANTENER las medidas pactadas y sancionadas en la Sentencia de separación matrimonial de fecha 19 de mayo de 2.015.

Y MATERNER el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia disentida; todo ello sin hacer expresa imposición de costas causadas en esta instancia".

Por el procurador D. Luis Ortiz Herraiz, en la representación que ostenta, se solicitó aclaración de sentencia, y por auto de 7 de julio de 2020, rectificado por resolución de 23 de julio de 2020, se acordó que no procedía la aclaración solicitada.

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

1.- El procurador D. Luis Ortiz Herraiz, en representación de D. Cornelio , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.- Primer motivo de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida**, con infracción de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución y artículos 2 y 11.2 de la Ley Jurídica de Protección del menor.

2.- Segundo motivo de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida**, y en relación con la modificación sustancial de las circunstancias, con infracción de lo dispuesto en el artículo 90.3, 91 y 92.8 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución española y artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor".

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 15 diciembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto don Cornelio contra la sentencia dictada con fecha 21 de enero de 2020, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 63/2019, dimanante de los autos de juicio de divorcio n.º 173/2017 del Juzgado de Violencia de Sobre la Mujer n.º 10 de Madrid.

2.º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con en su caso, sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas 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. Y transcurrido, pase al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

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 también presentó el correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 1 de abril de 2022 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 11 de mayo del presente, fecha en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO**.- *Antecedentes relevantes*



A los efectos decisorios del presente recurso de casación hemos de partir de los antecedentes siguientes:

1º.- Los litigantes se encontraban separados judicialmente en virtud de sentencia dictada en procedimiento de mutuo acuerdo de fecha 19 de mayo de 2015, que homologó el convenio regulador de 20 de febrero de 2015, en la que se atribuyó a la madre la guarda y **custodia** sobre la hija común del matrimonio, nacida el NUM000 de 2013, con un amplio régimen de visitas a favor del padre, consistente en dos tardes por semana con pernocta, concretamente martes y jueves, así como en fines de semana alternos desde el viernes hasta el domingo por la tarde. Se acordó igualmente que los puentes y festivos unidos al fin de semana, que tengan tal consideración en el calendario escolar que sea aplicable a la menor, los pasará con el progenitor a quien corresponda ese fin de semana. Las vacaciones escolares de Navidad y verano se dividen por mitad entre ambos progenitores, mientras que las de Semana Santa se disfrutan por años alternos.

2º.- En virtud de denuncia penal formulada por la actora se siguió procedimiento abreviado 246/2015, ante el Juzgado de lo Penal n.º 36 de Madrid, que finalizó por sentencia, de fecha 20 de febrero de 2017, dictada por la Sección 27.ª de la Audiencia Provincial de dicha capital, absolutoria del Sr. Cornelio .

Igualmente fueron archivadas las diligencias previas n.º 4/2017, seguidas ante Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 10 de Madrid, mediante auto de fecha 11 de septiembre de 2017.

3º.- La madre, con fecha 24 de febrero de 2017, promovió demanda de divorcio, en la que instaba la disolución del vínculo matrimonial que le unía al demandado, así como solicitó se ratificaran las medidas definitivas del procedimiento de separación; pero suprimiendo las visitas paternas inter semanales, con la petición de que las primeras quincenas de julio y agosto la menor permaneciera con la madre, así como aumentando el importe de los alimentos a favor de la niña a cargo de su padre de 250 euros a 350 euros mensuales.

El padre se opuso a tales medidas. Frente a la petición de la madre interesó una **custodia compartida**, consistente en que se acordase que el fin de semana alterno, que le corresponde comunicarse con su hija, continúe desde el viernes a la salida del colegio hasta la entrega de la menor directamente el lunes en el centro escolar.

Tal petición se justificó en función de que prácticamente no supone ninguna alteración sobre el convenio regulador, habida cuenta de que, según lo pactado, la menor debe ser entregada a las 21:00 horas del domingo en el domicilio materno. De esta forma, cada progenitor disfruta del mismo número de pernoctas a lo largo del mes, y no se altera en nada la rutina que tiene la menor, a la que encuentra perfectamente adaptada en interés y beneficio suyo.

En definitiva, el padre solicitó en el suplico de su escrito de contestación, en lo que ahora nos interesa, que:

Se acuerde la guarda y **custodia compartida** entre ambos progenitores de la menor, añadiendo al actual régimen de visitas, la pernocta de los domingos de fines de semana alternos que corresponden al padre.

Subsidiariamente, si el juzgador lo considerase más conveniente en interés de la menor, se establezca un sistema de guarda y **custodia compartida** por semanas alternas, con los intercambios los lunes a la salida del centro escolar.

4º.- Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 10 de Madrid, en cuya fundamentación jurídica se señala:

"Sobre el régimen de guarda y **custodia compartida**, es doctrina del Tribunal Supremo que la redacción del artículo 92 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 ( Ss. 25 de abril 2.014 y 11 de febrero de 2.016). Por otro lado, el demandado ha sido absuelto de los cargos por violencia de género formulados contra él. Y no ha habido incidentes entre las partes en los tres años en que ha estado vigente el amplio régimen de visitas acordado entre las partes.

Por ello, resulta procedente el régimen de guarda y **custodia compartida** que propone el demandado, consistente en añadir al actual régimen de visitas la pernocta de los domingos de los fines de semana alternos que corresponden al padre. Así lo interesa también el Ministerio Fiscal".

Igualmente, en la sentencia se fijó que la patria potestad fuera **compartida**, que cada progenitor se hiciera cargo de los gastos de manutención de la menor cuando se encontrase bajo su guarda. A tal efecto, se determinó que se abriera una cuenta común por los litigantes, nutrida de fondos a partes iguales, para atender a los gastos escolares de la niña y los extraordinarios acordados por ambas partes. También se determinó el régimen de vacaciones.



5º.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la madre y el padre impugnó la sentencia, dada la discordancia existente entre su fundamentación jurídica y parte dispositiva, dado que mientras se razonaba sobre la procedencia de una **custodia compartida**, tal pronunciamiento no fue llevado al fallo, al señalarse que se mantenía el régimen de **custodia** materna acordado en la separación, pero ampliado a la pernocta del domingo de los fines de semanas alternos.

El conocimiento del recurso correspondió a la sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia en la que estimó la apelación interpuesta por la Sra. María Esther y desestimó la impugnación del demandado. En definitiva, se acordó mantener las medidas pactadas y sancionadas en la sentencia de separación matrimonial de fecha 19 de mayo de 2015, sin imposición de costas.

A tal efecto, razonó el tribunal:

"En el presente caso, si bien la guarda y **custodia compartida** no es una medida excepcional, sino que por el contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable; no es menos cierto, que a tenor de las circunstancias fácticas concurrentes, sea más beneficiosa para la menor adoptar tal sistema, habida cuenta que los litigantes en su Convenio Regulador sancionado en la sentencia de separación matrimonial, acordaron una guarda y **custodia** monoparental a favor de la madre de la menor, sin que el demandado, padre de la menor, en su escrito de impugnación de la sentencia disentida, haya manifestado razones de entidad, en virtud de las cuales deba modificarse la guarda y **custodia** monoparental a la **compartida**, ni motivo alguno que justifique el cambio del sistema de guarda y **custodia**; es por ello, que debe mantenerse en el divorcio el sistema de guarda y **custodia** pactada y sancionada en su día, por las razones expuestas y demás de estabilidad de la menor, y acomodarse así los razonamientos jurídicos de la sentencia de instancia al fallo de la misma, ante la falta de coherencia entre unos y otro según resulta manifiesto. Por lo que debe ser estimada la petición de la recurrente y por ende desestimarse la impugnación de contrario".

6º.- Contra dicha resolución se interpuso por el Sr. Cornelio recurso de casación, que fue apoyado por el Ministerio Fiscal, que igualmente sostuvo que el interés y beneficio de la menor se acomodaba mejor con la **custodia compartida** postulada.

**SEGUNDO.-** *Los motivos del recurso de casación*

"1.- Primer motivo de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida**, con infracción de lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución y artículos 2 y 11.2 de la Ley Jurídica de Protección del menor".

Se señaló como doctrina jurisprudencial infringida la establecida en las sentencias de 16 de febrero de 2015, 28 de enero y 3 de junio de 2016, 10 de octubre de 2018 y 24 de septiembre de 2019.

"- Segundo motivo de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia compartida**, y en relación con la modificación sustancial de las circunstancias, con infracción de lo dispuesto en el artículo 90.3, 91 y 92.8 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, artículo 39 de la Constitución española y artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor".

En apoyo del motivo se citó la doctrina de las sentencias 26 de junio y 17 de noviembre de 2015, 12 de abril de 2016, 26 de febrero de 2019 y 16 de junio de 2020.

En el desarrollo de dichos motivos se sostuvo, en síntesis, que constituye el interés y beneficio de la menor el régimen de **custodia compartida** postulado en el recurso, dado que existían los presupuestos jurisprudencialmente requeridos para ello, habida cuenta la implicación y habilidad del padre para asumir la función de velar por su hija, así como que las comunicaciones entre padre e hija se desarrollaban con normalidad y plena satisfacción, sin incidentes negativos durante los tres años de vigencia. Se razonó, además, en contra de lo afirmado por la Audiencia, que sí concurría alteración de circunstancias, como eran la edad de la niña, así como la absolución del padre por los delitos que le fueron imputados por la madre, concluyendo que los pactos del convenio regulador son susceptibles de ser variados, ya que no son inamovibles, sino que deben adoptarse a las nuevas situaciones surgidas.

Al versar ambos motivos del recurso sobre la determinación de la bondad del sistema de guarda y **custodia compartida** en beneficio de la menor serán objeto de examen conjunto.

**TERCERO.-** *Consideraciones generales sobre el interés y beneficio de los menores*

El interés superior de un niño o una niña difícilmente puede concebirse, desde un punto de vista estrictamente general, con abstracción del concreto examen de las circunstancias en las que se manifiesta, por lo que los tribunales habrán de gozar de amplias facultades, que no arbitrarias, para valorarlo y garantizarlo en consonancia con el específico contexto de cada conflicto sometido a consideración judicial.

En este sentido, las sentencias 426/2013, de 17 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 566/2017, de 19 de octubre; 579/2017, de 25 de octubre y 705/2021, de 19 de octubre, proclaman que el interés del menor:

"[...] es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura [...] sino 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 del niño".

La proclamación de la vigencia de tal interés superior se refleja en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional ( SSTC 141/2000, de 29 de mayo; 124/2002, de 20 de mayo; 71/2004, de 19 de abril; 11/2008, de 21 de enero; 176/2008, de 22 de diciembre; 47/2009, de febrero; 127/2013, de 3 de junio; 144/2013, de 14 de julio; 138/2014, de 8 de septiembre; 23/2016, de 15 de febrero; o, más recientemente, 77/2018, de 5 de julio; 64/2019, de 9 de mayo; 99/2019, de 18 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril; 113/2021, de 31 de mayo), como la desarrollada por esta Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, por citar algunas de las más recientes, sentencias 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre entre otras muchas; y la propia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( S TEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; 25 de febrero de 1992, caso Andersson; 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; 24 de febrero de 1995, caso McMichael; 9 de junio de 1998, caso Bronda; 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal; 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos; 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia; 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros también contra Francia; 12 de noviembre de 2013, caso Söderman contra Suecia; 18 de febrero de 2014, caso Fernández Cabanillas contra España entre otras muchas).

Valorar cuál es el interés del menor constituye pues el principio o consideración primordial que debe inspirar todas las medidas concernientes a los menores ( SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2), lo que significa que "todos los poderes públicos -incluido el judicial- deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad" ( STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5; así como 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

Dicho principio participa de la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados ( SSTS 76/2015, de 17 de febrero; 416/2015, de 20 de julio; 170/2016, de 17 de marzo; 93/2018, de 20 de febrero; 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre, así como STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4), que exige, en cada caso concreto, identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias.

Y, también, se ha considerado como principio de orden público, dado que en el ordenamiento jurídico nacional e internacional se configura como regla imperativa, que inspira todas las decisiones que deban ser adoptadas. Así, las SSTS 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 afirman que "la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público".

El Tribunal Constitucional viene insistiendo también en la necesidad de que "todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público" ( SSTC 614/2009, de 28 de septiembre; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2). La STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional".

#### **CUARTO.- El interés de los menores y la guarda y custodia compartida**

En el caso de separación física de los progenitores, el interés superior de los menores exige adoptar la mejor solución posible para que la ruptura de la unión entre los padres no produzca efectos negativos en los hijos, y puedan éstos disfrutar de una racional adaptación a la nueva situación sin detrimento de sus personalidades en formación.

En su apreciación, es reiterada jurisprudencia la que sostiene, en consonancia con los conocimientos y estudios que nos brinda la psicología, que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en tanto en cuanto permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea factible y en cuanto lo sea.



Se pretende con ello aproximar, en la medida de lo posible, el nuevo *modus vivendi* (modo de vida), derivado de la ruptura de las relaciones personales entre los padres, al previamente existente de convivencia común en el hogar familiar, al tiempo que garantiza a los progenitores la posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad de la que son titulares, así como participar, en igualdad de condiciones, en el desarrollo y crecimiento de los hijos, de forma tal que no se pierdan, ni se desvanezcan, los vínculos afectivos y seguros con sus progenitores cara a su ulterior integración en el mundo de los adultos, y la importancia que los modelos paterno y materno tienen para el desarrollo de la personalidad de los niños.

En el sentido expuesto, reputando tal régimen de comunicación como constitutivo del interés del menor podemos citar las sentencias 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio; 559/2020, de 26 de octubre y 175/2021, de 29 de marzo, entre otras.

La **custodia compartida** se halla, pues, condicionada, como todas las medidas referentes a los a los niños y niñas, a la satisfacción de su primordial interés, y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) se fomenta la integración del menor 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 y 238/2022, de 28 de marzo; entre otras).

Como pautas a valorar para acordarla hemos fijado las 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; 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 ( sentencias 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero; 311/2020, de 16 de junio y 175/2021, 29 de marzo, entre otras muchas).

#### **QUINTO.- Valoración de las circunstancias concurrentes y estimación del recurso**

Como señala el Tribunal Constitucional, 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 sea su mayor beneficio" ( SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

Pues bien, en este caso, la variación postulada consiste en ampliar la pernocta del domingo de semanas alternas, de manera que la estancia de los progenitores con su hija sea igualitaria. El recurrente, desde el momento de la ruptura matrimonial, viene disfrutando con normalidad del régimen de vistas con la menor, sin repercusiones negativas en la personalidad de la niña, que cuenta con un excelente rendimiento escolar, sin que se aprecien distorsiones en su desarrollo psico-emocional por la ruptura convivencial entre sus progenitores o por mor del régimen de visitas establecido. El recurrente 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.

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**".

Y, también, hemos declarado que para establecerlo no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer concurrentes ( sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras), sin que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia justifique *per se*, que se desautorice este específico régimen de comunicación. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a los hijos menores, causándoles un perjuicio ( sentencia 433/2016, de 27 de junio). Lejos de ello, las relaciones entre los litigantes son razonables, con posibilidad de diálogo cara a la satisfacción del interés de la menor.

En contra del criterio de la sentencia recurrida, consideramos que ha habido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad, mientras que, en el próximo mes de agosto, cumplirá nueve años, así como también por la circunstancia de que 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.





Como dijimos en la sentencia 124/2019, de 26 de febrero:

"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).

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 mantenerlo así la sentencia recurrida "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".

Por todo ello el recurso debe ser estimado, la sentencia de la Audiencia casada, y ratificadas las medidas fijadas por la resolución del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, con la indicación, no obstante, de que el régimen de **custodia** sobre la menor es compartido, y no monoparental atribuido a la madre.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

- 1.- La estimación del recurso de casación supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.
- 3.- Igualmente, debe ordenarse la devolución del depósito constituido para la interposición de los recursos de casación y apelación, todo ello de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9 de la LOPJ.
- 4.- No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias, tal y como se acordó por la sentencia recurrida en atención a las circunstancias concurrentes.

#### **FALLO**

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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Cornelio , contra la sentencia 41/2020, de fecha 21 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimocuarta, en el recurso de apelación n.º 63/2019.
- 2.º- Casar y anular dicha sentencia, desestimar el recurso apelación formulado por D. María Esther y estimar la impugnación formulada por D. Cornelio , contra la sentencia 30/2018, de cinco de julio, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 10 de Madrid, en el juicio de divorcio contencioso n.º 173/2017, en el sentido de establecer un régimen de **custodia compartida** con respecto a la hija de los litigantes, en las condiciones fijadas por la sentencia de primera instancia.
- 3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación, apelación e impugnación a la apelación.
- 4.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir en casación e impugnación a la apelación, y se decreta la pérdida del depósito constituido por la demandante para apelar.

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