



Roj: **STS 4838/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4838**

Id Cendoj: **28079110012024101242**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/10/2024**

Nº de Recurso: **4507/2023**

Nº de Resolución: **1231/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 108/2023,**
ATS 4990/2024,
STS 4838/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.231/2024

Fecha de sentencia: 03/10/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4507/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/09/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Asturias. Sección 7.ª Gijón

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN núm.: 4507/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1231/2024

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 3 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Ángeles , representada por la procuradora D.^a Paloma Gutiérrez París, bajo la dirección técnico letrada de D. José Antonio Casas Bautista, designados de oficio por el turno Especial de Casación, contra la sentencia dictada el 12 de enero de 2023 por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Séptima (Gijón), en el rollo de apelación n.º 809/2019, dimanante del juicio de modificación de medidas supuesto contencioso n.º 881/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón. La representación procesal de D.^a Ángeles había correspondido en la primera y segunda instancia a la procuradora D.^a Consolación González Pineda, bajo la dirección letrada de D.^a Tamara Muriel Martínez.

Ha sido parte recurrida D. Pedro Enrique , no personado ante esta sala pese a constar haber sido emplazado en forma.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El 30 de julio de 2018, la procuradora D.^a María Pilar Cancio Sánchez, en nombre y representación de D. Pedro Enrique , formuló una demanda de modificación de medidas definitivas relativas a régimen de visitas, vacaciones y guarda y custodia adoptadas en la sentencia dictada el 25 de abril de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón en los autos de procedimiento de guarda, custodia y alimentos n.º 104/2016, que aprobaba Convenio Regulador de 25 de enero de 2015, en la que solicitaba:

"[...]que, teniendo por presentado este escrito de demanda con los documentos que se acompañan y copias de todo ello, para su traslado a la demandada y Ministerio Fiscal, se sirva admitirlo y formando los oportunos autos, se tenga a la Procuradora que suscribe por comparecida y parte en la representación que ostento, debidamente acreditada, entendiéndose conmigo y en tal concepto las sucesivas actuaciones en el modo y forma previsto en la Ley; y, por promovida petición de modificación de medidas definitivas relativas al procedimiento de guardia y custodia de hijos no matrimoniales 104/2016 para ser sustituidas por:

"1) Supresión de la Guardia y Custodia de Doña Ángeles sobre los dos hijos Argimiro y Pedro Miguel , en favor de Don Pedro Enrique , pasando éste a disfrutar la guardia y custodia de los tres menores.

"2) Supresión de las visitas y vacaciones del hijo Balbino a su madre. Y desde el momento en el que se decrete la pérdida de la demandada de la guardia y custodia de los dos menores: Supresión de las visitas y vacaciones de los tres menores a su madre.

"3) Supresión de cualquier tipo de pensión de alimentos que pudiera pagar Don Pedro Enrique en favor de sus hijos, desde el momento en el que éste pase a custodiar a todos ellos en su seno familiar.

"4) Supresión de la patria potestad de Doña Ángeles sobre los tres menores.

"5) Condena en costas a la demandada.

2. Recibida la demanda, el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón la registró como procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso n.º 881/2018. Mediante decreto de 20 de septiembre de 2018 la admitió a trámite acordando que se sustanciase por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 753 de la LEC y, posteriormente, se emplazó a la parte demandada y al Ministerio Fiscal para que comparecieran en autos y la contestaran en el plazo de veinte días hábiles, lo que hicieron en tiempo y forma.

3. Tras seguirse los trámites correspondientes la jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón dictó la sentencia n.º 449/2019, de 11 de octubre de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

"Que DESESTIMANDO la demanda formulada por Don Pedro Enrique contra Doña Ángeles , DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra, y DEBO DECLARAR Y DECLARO no haber lugar a la modificación de medidas definitivas interesada por la parte actora.

"Y estimando la pretensión de la parte demandada, ACUERDO:



"1.- La guarda y custodia de los hijos menores, Argimiro y Pedro Miguel , continuará ostentándola la madre Doña Ángeles , a quien se atribuye, también, la guarda y custodia del hijo menor Balbino , siendo la patria potestad de los tres menores ejercida conjuntamente por ambos progenitores;

"2.- Se mantiene el régimen de visitas establecido a favor del progenitor no custodio respecto de sus hijos menores Argimiro y Pedro Miguel . Una vez se resuelva el procedimiento penal, se establece el mismo régimen de visitas a favor de, Don Pedro Enrique , respecto de su hijo menor Balbino , consistente en fines de semana alternos y mitad de los periodos vacacionales.

"Las entregas y recogidas de los menores se realizarán a través de un familiar o una tercera persona de confianza de los progenitores, en tanto esté vigente la pena de alejamiento y prohibición de comunicación impuesta a la demandada.

"3.- Se incrementa en la suma de 150 euros mensuales la pensión alimenticia a abonar por Don Pedro Enrique a favor de sus hijos menores, de manera que deberá abonar un total de 450 euros mensuales en concepto de alimentos para sus tres hijos menores (150 euros mensuales por cada hijo).

"4.- En, lo restante, se mantienen las medidas acordadas en la Sentencia de fecha 25 de abril de 2016, dictada por este Juzgado, en el procedimiento de Guarda, Custodia y Alimentos de Hijos Menores No Matrimoniales n.º 104/2016, y por la que se aprueba el Convenio Regulador de 25 de enero de 2015. No se hace especial imposición de las costas causadas en el presente procedimiento."

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del demandante. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso planteado interesando su desestimación por considerar que la sentencia dictada era plenamente ajustada a derecho. La representación procesal de D.ª Ángeles se opuso al recurso de apelación interpuesto de contrario y solicitó que se confirmara y ratificase íntegramente la sentencia recurrida, con expresa condena en costas en ambas instancias.

2. La resolución del recurso de apelación correspondió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, que lo tramitó con el número de rollo 809/2019 y, tras seguirse los trámites correspondientes, dictó sentencia el 12 de enero de 2023, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

"Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación de D. Pedro Enrique contra la Sentencia de 11 de octubre de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Ocho en los autos de juicio de modificación de medidas n.º 881/2018 de los que este Rollo de Apelación dimana, y revocar dicha resolución, en el sentido de establecer el régimen de guarda y custodia compartida de los menores Argimiro y Pedro Miguel por periodos semanales, realizando el intercambio los viernes (o en caso de ser festivo el anterior día lectivo) en el centro escolar, así como derivar al núcleo familiar a los Equipos de Intervención Técnica de Atención a la Familia (EITAF) a fin de capacitar a los progenitores para el establecimiento de un régimen de comunicación eficiente, que les permita alcanzar acuerdos esenciales y les ayude a priorizar el bienestar de los menores, debiendo remitirse por parte de dicho equipo informes semestrales al Juzgado de Primera Instancia; todo ello sin hacer especial declaración de las costas de esta alzada".

3. La sentencia fue aclarada por auto de 11 de abril de 2023 en el siguiente sentido:

"PARTE DISPOSITIVA

"La Sala acuerda:

"Estimar la petición formulada por Pedro Enrique de aclarar, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica de que el Fallo de la Sentencia quede redactado en el siguiente sentido: "Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación de D. Pedro Enrique contra la Sentencia de 11 de octubre de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Ocho en los autos de juicio de modificación de medidas n.º 881/2018 de los que este Rollo de Apelación dimana, y revocar dicha resolución, en el sentido de establecer el régimen de guarda y custodia compartida de los menores Argimiro y Pedro Miguel por periodos semanales, realizando el intercambio los viernes (o en caso de ser festivo el anterior día lectivo) en el centro escolar, así como derivar al núcleo familiar a los Equipos de Intervención Técnica de Atención a la Familia (EITAF) a fin de capacitar a los progenitores para el establecimiento de un régimen de comunicación eficiente, que les permita alcanzar acuerdos esenciales y les ayude a priorizar el bienestar de los menores, debiendo remitirse por parte de dicho equipo informes semestrales al Juzgado de Primera Instancia, así como acordar la supresión de la pensión de alimentos a cargo de D. Pedro Enrique para dichos menores, acordada en el

convenio regulador aprobado por Sentencia de 25 de abril de 2016; todo ello sin hacer especial declaración de las costas de esta alzada.".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. la representación de D.^a Ángeles interpuso recurso de casación al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º, por interés casacional.

Fundamenta la presentación del recurso en dos motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

"[...]PRIMER MOTIVO: El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2 ordinal 3.º, por infracción del artículo 92.5, 6 y 7 del Código Civil, en relación con vulneración de los artículos 2, 3 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, artículo 39.4 CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1999 (resolución A 3-0172/92 de 8 de julio) así como de los artículos 92, 154 a 159 CC, que consagran el interés del menor, principio de información del derecho de familia y jurisprudencia que lo desarrolla, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida (STS 1226/2021 de fecha 29 de marzo de 2021, STS 2783/2022 de fecha 7 de julio de 2022 y STS 4107/2022 de fecha 7 de noviembre de 2022), por no darse los requisitos necesarios para la misma, establecidos en las Sentencias de nuestro Alto Tribunal."

"[...]SEGUNDO MOTIVO: Al amparo del artículo 477.2.3. LEC al haberse infringido por aplicación indebida y o incorrecta del artículo 92.9 CC en relación con el art. 90.3.CC. Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre establecimiento de custodia compartida en procedimientos de modificación de medidas. Se citan como opuestas a la Sentencia recurrida, y cuya jurisprudencia se solicita se declare infringida Sentencia del Tribunal Supremo n.º 4107/2022, 7 de noviembre de 2022."

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personada la parte recurrente, por auto de 24 de abril de 2024 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado al Ministerio Fiscal a fin de que formalizase su oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación de un escrito fechado el 12 de junio de 2024 en el que, con fundamento en las alegaciones que expone, interesa la estimación del recurso de casación interpuesto y que, con asunción de la instancia, se desestime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón, confirmando la desestimación de la demanda.

3. Por providencia de 5 de julio de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para la votación y fallo el día 24 de septiembre de 2024, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes relevantes para la resolución del recurso*

1. La sentencia de segunda instancia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Enrique contra la dictada en primera instancia que desestimó su demanda de modificación de medidas y estimó la pretensión de la demandada, D.^a Ángeles , revocando dicha resolución en el siguiente sentido:

"[e]stablecer el régimen de guarda y custodia compartida de los menores Argimiro y Pedro Miguel por periodos semanales, realizando el intercambio los viernes (o en caso de ser festivo el anterior día lectivo) en el centro escolar, así como derivar al núcleo familiar a los Equipos de Intervención Técnica de Atención a la Familia (EITAF) a fin de capacitar a los progenitores para el establecimiento de un régimen de comunicación eficiente, que les permita alcanzar acuerdos esenciales y les ayude a priorizar el bienestar de los menores, debiendo remitirse por parte de dicho equipo informes semestrales al Juzgado de Primera Instancia, así como acordar la supresión de la pensión de alimentos a cargo de D. Pedro Enrique para dichos menores, acordada en el convenio regulador aprobado por Sentencia de 25 de abril de 2016; todo ello sin hacer especial declaración de las costas de esta alzada."

La Audiencia Provincial, después de referirse a la jurisprudencia de esta sala sobre la custodia compartida y tras señalar que "[d]ebe tenerse presente el resultado de las pruebas practicadas en esta alzada, en concreto el resultado del informe del equipo psicosocial.", justifica su decisión con el siguiente razonamiento:

"En el presente supuesto, en el informe del equipo psicosocial se pone de manifiesto que no se encuentra ningún impedimento para que ambos progenitores puedan hacerse cargo de la custodia de los menores y satisfacer sus necesidades, que no se encuentran alteraciones psicopatológicas que pudieran impedir el



ejercicio de dicha custodia, ni queda acreditado (en contra de los que se alegaba en el recurso y escrito de oposición) la existencia de conductas inadecuadas o consumos excesivos de alcohol u otras sustancias en ninguno de los progenitores, así como ambos son conocedores de las necesidades y dificultades de los menores. Por su parte ambos menores perciben a los progenitores como figuras de referencia y apoyo, sintiéndose bien cuidados y tratados por ambos progenitores y manifestaron claramente su deseo de pasar el mismo tiempo con cada uno de ellos.

"El único posible obstáculo encuentra en la falta de comunicación entre ambos progenitores, existiendo múltiples conflictos entre ellos y acusaciones mutuas respecto a la actitud y comportamiento del otro progenitor, y que si bien, tal como refleja el informe, tal como refleja el informe los menores son conscientes de la mala relación existentes entre su padres, por lo que no quieren posicionarse en favor de ninguno de los dos ni verse envueltos en un conflicto de lealtades, por lo que el equipo recomienda la intervención del EITAF.

"Por lo que a la vista de dichas pruebas y en interés de los menores (dado que la posible falta de entendimiento y comunicación no es un obstáculo insubsanable), procede establecer una (sic) sistema de guarda y custodia compartida por periodos semanales, realizando el intercambio los viernes (o en caso de ser festivo el anterior día lectivo) en el centro escolar. Asimismo dada la falta de entendimiento y comunicación entre ambos progenitores se acuerda la derivación de la unidad familiar a los Equipos de Intervención Técnica de Atención a la Familia (EITAF) a fin de capacitar a los progenitores para el establecimiento de un régimen de comunicación eficiente, que les permita alcanzar acuerdos esenciales y les ayude a priorizar el bienestar de los menores.

"Dados los ingresos acreditados de ambos progenitores no se aprecia una sustancial desproporción de ingresos entre ambos progenitores que justifique el mantenimiento de una pensión de alimentos."

2. D.^a Ángeles ha interpuesto un recurso de casación que ha sido admitido y que la fiscal apoya. Pide la casación y anulación de la sentencia de segunda instancia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Enrique y la confirmación, en lo que se refiere a los menores Argimiro y Pedro Miguel, de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. *Motivos del recurso. Alegaciones de la fiscal. Decisión de la sala*

1. El recurso de casación, que se interpone al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por interés casacional, se funda en dos motivos.

1.1 El motivo primero denuncia la infracción de los arts. 92.5, 6 y 7 CC en relación con los arts. 2, 3 y 9 LOPJM, 39.4 CE y 92 y 154 a 159 CC, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que consagran el interés del menor, así como la conculcación de la jurisprudencia que lo desarrolla y la establecida sobre la medida de guarda y custodia compartida (se citan las sentencias 1226/2021, de 29 de marzo, 2783/2022, de 7 de julio, y 4107/2022, de 7 de noviembre).

La recurrente dice que el del caso no es un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Alega que entre ellos existe un alto grado de **conflictividad** y una confrontación prolongada en el tiempo, con denuncias cruzadas entre ambos, y de la que los menores son conscientes, lo que afecta a su interés superior. Sostiene que existe un mal pronóstico de coordinación para el cuidado de los hijos en un régimen de custodia compartida que exige la máxima colaboración entre ellos. Añade que D. Pedro Enrique ha sido condenado como autor responsable de un delito de abandono de familia por no pagar las prestaciones económicas a su cargo.

1.2 El motivo segundo denuncia la infracción del art. 92.9 en relación con el art. 90.3, ambos del Código Civil, así como la vulneración de la jurisprudencia sobre el establecimiento de la custodia compartida en los procedimientos de modificación de medidas (se cita la sentencia 4107/2022, de 7 de noviembre).

La recurrente alega que las nuevas necesidades de los hijos no tienen que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto y que la sentencia "no recoge ningún cambio sustancial ni cierto en el que pueda sostenerse su decisión de cambio de custodia monoparental a custodia compartida [...] y que] Todo ello, impide que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, pues no se ha experimentado ningún cambio desde la Sentencia dictada en Primera Instancia que favorezca un cambio de custodia compartida [...]".

2. Alegaciones de la fiscal

La fiscal, tras citar la sentencia 545/2022, de 7 de julio, como ilustrativa de la doctrina de la sala sobre las relaciones conflictivas entre los progenitores en relación con el régimen de custodia compartida, dice que la decisión del tribunal de apelación no se ajusta a ella, ya que al establecimiento de un sistema de guarda compartida, cuando los padres no mantienen ningún tipo de relación y no existe vía de comunicación entre



ellos, tal y como ha sido probado, hace inviable dicho sistema de custodia, sin perjuicio de lo que se pueda acordar si estos llegan a superar su actual falta de entendimiento.

3. Decisión de la sala

3.1 En la sentencia 981/2024, de 10 de julio, dijimos sobre la custodia compartida como modelo generalmente beneficioso para el interés de los menores, pero no de fijación incondicional con abstracción de la cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes:

"Abstractamente considerado, el interés y beneficio de los niños se concilia más adecuadamente bajo un régimen de custodia compartida, en tanto en cuanto favorece una relación más fluida e intensa de los progenitores con sus hijos, evita los sentimientos de pérdida, permite la participación continua y más intensa en la crianza de los menores con distribución equitativa de la sobrecarga parental, al tiempo que favorece la consolidación de vínculos de apego seguros entre los niños y sus padres y, en definitiva, una mejor adaptación al nuevo *modus vivendi* derivado de la crisis de pareja. La adopción de una medida de tal naturaleza cuenta además con el aval de las ciencias de la conducta humana, como la psicología de familia, que la consideran, en situaciones normales, como la mejor de las opciones en beneficio de los niños.

"En este sentido favorable, la Sala se ha pronunciado con reiteración (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 dicho régimen de custodia: 1) fomenta la integración del niño con ambos padres, sin 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).

"Ahora bien, lo expuesto no significa que la custodia compartida sea el modelo de comunicación entre los progenitores y sus hijos que deba adoptarse incondicionalmente en todos los casos de fijación de medidas relativas a los menores en los procesos judiciales, prescindiendo de las concretas circunstancias concurrentes; pues existen factores negativos que desaconsejan acordar una medida de tal naturaleza, que puede resultar contraproducente para la estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad de los niños en contra de la finalidad pretendida con su adopción.

"En efecto, esta sala se ha manifestado, también, en reiteradas ocasiones, al analizar la esencia de ese concepto jurídico indeterminado en que consiste el interés y beneficio de los menores, que éste no puede ser concebido desde un punto de vista abstracto o general, sino de una manera circunstancial en atención al específico escenario concurrente en cada supuesto en que se vean comprometidos el desarrollo integral y bienestar de los niños y de las niñas.

"Así se ha expresado, también, el Tribunal Constitucional cuando enseña que, para valorar 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).

"De la misma manera, nosotros hemos señalado, por ejemplo, en la sentencia 281/2023, de 21 de febrero, 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.

"Como dice la sentencia de esta sala 444/2015, de 14 de julio, cuya doctrina reproduce expresamente la STS 720/2022, de 2 de noviembre:

""El interés que se valora es el de unos menores perfectamente individualizados, con nombres y apellidos, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello les es beneficioso (STS 13 de febrero 2015). El interés en abstracto no basta ni puede ser interpretado desde el punto de vista de la familia biológica, sino desde el propio interés del menor"".

"Por otra parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, norma. en su art. 11, como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, en lo que ahora nos interesa: "a) La supremacía de su interés superior [...]; d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal [...]; i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico".



"De igual forma, hemos señalado que son criterios determinantes para enjuiciar la procedencia del régimen de custodia compartida, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores 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; 175/2021, de 29 de marzo y 545/2022, de 7 de julio; entre otras muchas).".

Y en la sentencia que cita la fiscal, la 545/2022, de 7 de julio, dijimos sobre las relaciones conflictivas entre los progenitores en el régimen de la custodia compartida:

"Hemos señalado que, para establecer un régimen de custodia compartida, 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 y 404/2022, de 18 de mayo, 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 sus hijos menores, causándoles un perjuicio (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 175/2021, de 29 de marzo).

"En definitiva, como señala la sentencia 318/2020, de 17 de junio.

"En íntima relación con ese interés es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, rc. 1359/2013, a que hace mención la de 17 de julio de 2015, rc. 1712/2014, afirma que "Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de 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 efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

"Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (STS de 16 de octubre de 2014, rec. 683/2013).

"Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio".

"En el mismo sentido, las sentencias 242/2018, de 24 de abril y 175/2021, de 29 de marzo".

3.2 En el informe pericial al que se refiere la Audiencia Provincial se dice que la relación entre los progenitores es nula, sin ninguna vía de comunicación abierta, que existen entre ellos múltiples conflictos, que se acusan mutuamente de los problemas que han tenido, que se atribuyen conductas inadecuadas y consumos excesivos tanto de alcohol como de otras sustancias, y que esta situación conflictiva, que les ha impedido llegar a un acuerdo sobre la custodia de sus hijos, es conocida por los menores que saben de la mala relación existente entre su padre y su madre, y que se ven inmersos en un conflicto de lealtades ante el que no quieren posicionarse por no causar daño a ninguno de sus progenitores, y que queda patentizado por sus propias declaraciones.

Argimiro expone su deseo de pasar quince días con cada uno de sus progenitores, pero también expresa su preocupación al respecto y su temor, ya que su madre puede sentirse decepcionada; no quiere que nadie se enfade con él por lo que diga y tampoco quiere que su madre se entere de lo que piensa.

Y Pedro Miguel , por su parte, dice en una primera entrevista (en la que estaba solo) que quiere mantener la situación tal y como está, aunque le gustaría ver más a su padre, pero después, en una segunda entrevista (a la que acudió con aquel y con Argimiro , y en la que primero estuvieron juntos los tres, y con posterioridad se habló solo con los dos menores, sin que su padre estuviera presente), afirma que desea estar con cada progenitor quince días, respondiendo, al ser preguntado por el cambio de parecer, que no quiere defraudar a su madre porque siempre los ha cuidado.

3.3 La que resulta de la descripción anterior no es solo la situación derivada de una desunión calificada por los desencuentros derivados de la ruptura y por los ajustes y adaptaciones que requiere la nueva coyuntura. No estamos en presencia de meras desavenencias propias de la quiebra de la convivencia. Los progenitores están sumidos en una situación altamente conflictiva y de total incomunicación, la relación entre ellos es nula. Y



esta 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, como antes hemos dicho, habilidades para el diálogo y una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, o, como declaramos en la antecitada sentencia 981/2024, "una intensa colaboración entre los progenitores, una fluida y eficaz comunicación entre ellos para coordinar la atención de sus hijos", que es manifiesto no se puede lograr si los ahora litigantes ni siquiera se dirigen la palabra.

Como dice la fiscal con todo el sentido:

"[I]a decisión de instaurar un régimen de custodia compartida en estas circunstancias, no evalúa correctamente el riesgo que supone para los menores la incapacidad de sus progenitores para alcanzar acuerdos mínimos sobre las cuestiones que les afectan, haciendo inviable dicho sistema de custodia, todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar procedente una vez los progenitores aborden y superen, con la intervención del Centro de Atención a la Familia, o un recurso similar, la actual falta de entendimiento permitiéndoles el debido cumplimiento de sus deberes en relación con sus hijos".

3.4 En consecuencia, procede, por lo dicho, estimar el primer motivo, y con él, y sin entrar ya en el análisis del segundo por innecesario, el recurso de casación para, asumiendo la instancia, desestimar, por las mismas razones, el recurso de apelación, y confirmar, en lo que se refiere a los menores Argimiro y Pedro Miguel, la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Costas y depósitos

1. Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes y se dispone la devolución del depósito para recurrir (art. 398.2 LEC y disposición adicional decimoquinta, apartado 8, LOPJ, respectivamente).

2. Al desestimarse el recurso de apelación se imponen al apelante las costas de dicho recurso con pérdida del depósito para recurrir (arts. 398.1 y 394.1 LEC, y disposición adicional 15.ª, apartado 9 LOPJ, respectivamente).

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.ª Ángeles contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en Gijón, el 12 de enero de 2023, en el recurso de apelación 809/2019, y casarla.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón, con el n.º 449/2018, el 11 de octubre de 2019, en el proceso de modificación de medidas 881/2018, y confirmarla.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

4.º- Imponer las costas del recurso de apelación al apelante.

5.º- Disponer la devolución de la totalidad del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso de apelación.

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.